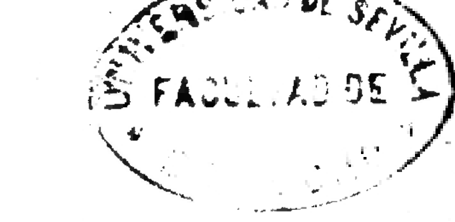
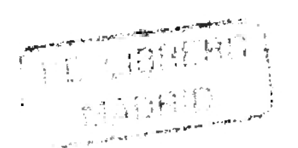
OBRAS JURÍDICAS

DE

DON JOAQUIN FRANCISCO PACHECO.

TOMO VI.





Las obras jurídicas del autor comprenden:

Tomo I.—Comentario á las leyes de desvinculacion.—Comentario al decreto de 1838 sobre recursos de nulidad.

II.—Estudios de Derecho penal.

III, IV y V.—Comentario al Código penal.

VI y siguientes.—Comentario á las leyes de Toro.

COMENTARIO

HISTÓRICO, CRÍTICO Y JURÍDICO

Á

LAS LEYES DE TORO,

POR

DON JOAQUIN FRANCISCO PACHECO.

TOMO I.

MADRID:
Imprenta de Manuel Tello, calle de Preciados, núm. 86.
1862.



Á LA REAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA,

UNA DE LAS MÁS JUSTAMENTE CÉLEBRES ESCUELAS DE DERECHO DE ESPAÑA,

EN TESTIMONIO DE RECORDACION Y RESPETO,

DEDICA ESTA OBRA,

LA PRIMERA QUE CONCIBIÓ, LA ÚLTIMA QUE SE PROPONE ESCRIBIR DE JURISPRUDENCIA,

SU ANTIGUO Y RECONOCIDO ALUMNO

El Autor.

PRÓLOGO.

Hace muchos años que entró por primera vez en mi mente la idéa de este libro, ó de algo semejante á este libro. Era yo un jóven, un niño, puede decirse, á la sazon; como que si habia terminado mis estudios de derecho en la universidad, aún me faltaba largo tiempo para poder recibirme de abogado, segun exijía el plan entonces vigente. Quizá por eso fué por lo que acogí la idéa á que aludo; que en aquella edad ni se comprenden las dificultades, ni vacila el ánimo ante la magnitud de estas obras.

Residia en Córdoba y me aplicaba asiduamente á los trabajos prácticos, aunque sin descuidar la doctrina que debe servirles de fundamento. Vivía en gran intimidad, en comunidad de estudios y de ocupacion, con otros dos jóvenes, que eran por aquel tiempo la esperanza y ofrecian ser la gloria del foro cordobés: D. Rafael de Sierra, muerto en lo más florido de sus años, despues de desempeñar con distincion algunos puestos de judicatura, y don Antonio Quintana, que tambien ha seguido con igual lustre esa carrera, y que es director al presente, de un modo no ménos honroso, del instituto de aquella provincia. Con ellos recorria yo el severo campo de nuestras leyes; con ellos meditaba sobre su fuerza, su valor, su espíritu; con ellos me proponia y con ellos resolvia, en fin, los delicados y difíciles problemas, cuyo acer-

tado planteamiento y cuya oportuna resolucion constituyen el deber y la honra de un verdadero jurisconsulto.

Pues en esa reunion íntima, cordial, animada de los puros afectos que son propios de la juventud, fué donde nació el pensamiento y se ordenó el propósito de escribir un Comentario, ó por lo ménos una serie de disertaciones sobre las leyes de Toro. Aunque escaso nuestro saber, como lo es siempre á los veintiun años, ya concebíamos que en aquel Ordenamiento estaban tocados los puntos capitales de nuestra legislacion civil, y que un trabajo que lo tomase por materia no podia ménos de encerrar toda ó casi toda la suma de doctrina del derecho de Castilla y de la actual jurisprudencia de las Españas.

No es necesario declarar ni que la obra no se realizó, ni que de haberse realizado habría sido un engendro infantil, una pobre cosa. Á los veintiun años puede escribirse bien lo que solo demanda imaginacion, corazon, talento: de ninguna suerte lo que pide instruccion, lo que exije sensatez y prudencia, lo que supone conocimiento del mundo. Mis amigos valían y sabían más que yo; pero ellos, como yo, no tenían más que veintiun años.

Vinieron de allí á poco las convulsiones políticas con la muerte de Fernando VII. Cada cual de nosotros debió seguir y siguió de hecho el rumbo que le deparaba la suerte. La de ellos los llevó á desempeñar, como queda dicho, juzgados de primera instancia en ciudades importantes. La mia me trajo á Madrid, para lanzarme en los azares de una vida tan variada como laboriosa. Periodista, diputado, ministro, embajador, senador, consejero, nunca he dejado sin embargo el estudio de las leyes ni la asidua contemplacion de la justicia. Creo haberla defendido como abogado; haberla sostenido como fiscal del Tribunal Supremo de la nacion; haberla explicado en varias obras de derecho, que han sido favorecidas, quizá excesivamente, con la estimacion universal de los hombres de la ciencia y de la cátedra. El carácter de jurisconsulto, apreciado por mí en todo lo que

vale, ha sido por más de veinticinco años uno de los timbres, quizá el más permanente, de mi existencia.

Ahora que ésta ha llegado á su madurez; ahora que comienza á sentir el cansancio de la larga agitacion que ha sido su lote; ahora que se torna naturalmente á contemplar las idéas y los propósitos de sus primeros tiempos; ahora he encontrado en mi memoria aquel pensamiento no cumplido, y he podido creer que lo que entónces era una audaz y descabellada presuncion, podría ser actualmente una empresa digna, útil, merecedora de aprobacion y de elogio. Lo que el niño no hubiera podido llevar á cabo, quizá el hombre puede ejecutarlo sin grandes dificultades: el atrevido vuelo en que Ícaro se debía seguramente despeñar, tal vez puede realizarlo su padre, llegando salvo y tocando incólume al término de su carrera. No en balde han pasado los años; no en balde se ha gastado la vista sobre los libros, y se han blanqueado los cabellos á fuerza de meditacion.

Y por otra parte, la importancia de la obra convida y estimula siempre. Las leyes de Toro continúan siendo una coleccion preciosísima de nuestro derecho civil: coleccion que los siglos anteriores han examinado cada cual por su propio prisma, y sobre la que nada ha pensado, ó por lo ménos nada ha escrito el espíritu del siglo XIX (1). ¿No me será permitido á mí,—he pensado yo,—el hacerme intérprete de este espíritu, el llevar su palabra, el desempeñar la obra que á él le corresponde?

Si todavía es esto una audacia en mi edad y con mis actuales conocimientos, confieso que nada tengo que decir para excusarme de ella. He creido de buena fé que podría llenar hoy el cargo que voluntariamente tomaba; y que bajo los puntos de vista histórico, crítico y judicial, que son los de un verdadero comen-

(1) El *Comentario* del Sr. Llamas se ha publicado en este siglo, pero evidentemente, por su espíritu, no pertenece á él. De ese *Comentario* y de los demás que conocemos, pensamos hablar al fin de la obra, en el *epílogo* con que nos proponemos concluirla.

tario en la época presente, tenia medios para pensar y decir algo que importara y que conviniera á la sociedad española.

Segun todas las probabilidades, será ésta la última obra de derecho que yo escriba. Con ella cerraré el cuadro de mis trabajos de esta clase, que no ha dejado de ser extenso, si por ventura no ha sido valioso ni profundo. Y por eso tal vez, para redondearle y completarle, he preferido una materia civil, en cuyos asuntos me habia ejercitado ménos hasta ahora. Yo me contentaría con tener en ella la fortuna que he tenido en la materia criminal, oyendo explicarme en las escuelas, viéndome traducido en obras extrañas, y sabiendo que se me cita en el más alto tribunal de Estado con elogios que verdaderamente me ruborizan, porque en mi sincera conciencia no creo merecerlos.

Una sola cosa diré: que no he puesto, que no pongo ménos esmero en esta obra que en todas las demás jurídicas que he publicado hasta el presente; y que si por desgracia quedase en ella inferior, culpa será de mis fuerzas, pero de ningun modo ni de descuido ni de falta de voluntad.

MADRID, Agosto de 1859.

REAL PRAGMÁTICA

CON QUE FUERON PUBLICADAS LAS LEYES DE TORO.

Doña Juana, por la gracia de Dios, Reina de Castilla, de Leon, de Granada, de Toledo, de Galicia, de Sevilla, de Córdoba, de Murcia, de Jaen, de los Algarves, de Algecira, de Gibraltar, de las Islas de Canaria, Señora de Vizcaya y de Molina, Princesa de Aragon y de Sicilia, Archiduquesa de Austria, Duquesa de Borgoña: al Príncipe D. Cárlos mi muy caro y muy amado hijo; á los infantes, duques, perlados, condes, marqueses, ricos-homes, maestres de las órdenes, y á los del mi consejo y oidores de las mis audiencias, y á los comendadores y subcomendadores, alcaides de los castillos y casas fuertes y llanas, y á los alcaldes de la mi casa y córte y chancillerías, y á todos los corregidores y asistentes y alcaldes y merinos, y otras justicias y jueces cualesquier de todas las ciudades, villas y lugares de los mis reinos y señoríos, así realengo como abadengo, órdenes, behetrías, y otros cualesquier señoríos y personas de cualquier condicion que sean, y á cada uno y cualquier de vos, á quien esta mi carta fuese mostrada ó su traslado signado de escribano público; salud y gracia. Sepades que al Rey mi señor y padre y á la Reina mi señora madre que santa gloria haya, fué fecha relacion de los gran daño y gasto que recibian los súbditos naturales, á causa de la gran diferencia y variedad que habia en el entendimiento de las leyes destos mis reinos, así del Fuero como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde habia menester declaracion, aunque no habian leyes sobre ello; por lo cual acaecia que en algunas partes destos mis reinos, y

aun en las mis audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo unas veces de una manera y otras veces de otra, lo cual causaba la mucha variedad y diferencia que habia en el entendimiento de las dichas leyes entre los letrados destos mis reinos. Y sobre esto por los procuradores de las Córtes que los dichos Rey y Reina mis señores tuvieron en la ciudad de Toledo el año que pasó de quinientos y dos les fué suplicado que en ello mandasen proveer, de manera que tanto daño y gasto de mis súbditos se quitase, y que hubiese camino como las mias justicias pudiesen sentenciar y determinar las dichas dudas. Y acatando lo susodicho ser justo, y informados del gran daño que desto se recrescía, mandaron sobre ello platicar á los de su consejo y oidores de las sus audiencias, para que en los casos que más continuamente suelen ocurrir y haber las dichas dudas viesen, y declarasen lo que por ley en las dichas dudas se debía de allí adelante guardar, para que visto por ellos lo mandasen proveer como conviniese al bien destos mis reinos y súbditos de ellos. Lo cual todo visto y platicado por los del mi consejo y oidores de las mis audiencias, y con ellos consultado, fué acordado que debían mandar proveer sobre ello y hacer leyes en los casos y dudas en la manera siguiente:

(Aquí las ochenta y tres leyes.)

Y caso que los dichos Rey y Reina mis señores padres, viendo que tanto cumplía al bien destos mis reinos y súbditos de ellos, tenian acordado de mandar publicar las dichas leyes; pero á causa del ausencia del dicho señor Rey mi padre destos reinos de Castilla, y despues por la dolencia y muerte de la Reina mi señora madre, que haya santa gloria, no hubo lugar de se publicar como estaba por ellos acordado, y agora los procuradores de Córtes que en esta ciudad de Toro se juntaron á me jurar por Reina y señora de estos reinos, me suplicaron que pues tantas veces por su parte á los dichos Rey y Reina mis señores les había sido suplicado que en esto mandasen proveer, y las dichas leyes estaban con mucha diligencia fechas y ordenadas, y por los dichos Rey y Reina mis señores vistas y acordadas, de manera que no faltaba sino la publicacion de ellas; que considerando cuánto provecho á estos mis reinos de esto venía, que por les facer señalada merced tuviese por bien de mandar publicarlas y

guardarlas, como si por el dicho Rey y Reina mis señores fueran publicadas, ó como la mi merced fuese.

Y porque la guarda de estas dichas leyes parece ser muy cumplidera al servicio de Dios y mio, y á la buena administracion y ejecucion de la justicia, y al bien y pro comun destos mis reinos y señoríos, mando por este cuaderno de estas lèyes, ó por su traslado signado de escribano público, al Príncipe D. Cárlos mi muy caro y amado hijo, y á los infantes, duques, condes, marqueses, perlados y ricos-homes, y maestres de las órdenes, y á los de mi consejo y oidores de las mis audiencias, y alcaldes y otras justicias, y oficiales de la mi casa y córte y chancillerías, y á los comendadores y subcomendadores, y alcaides de los castillos y casas fuertes y llanas, y á los mis adelantados, y concejos, y personas, y justicias, regidores, caballeros y escuderos, oficiales y homes buenos de todas y cualesquier ciudades y villas y lugares de los mis reinos y señoríos, y á todos mis súbditos y naturales, de cualquier ley, estado y condicion que sean, á quien lo contenido en las dichas leyes ó cualquier de ella atañe ó atañer puede, ó á cualquier de ellos que vean las dichas leyes de suso incorporadas, y cada una de ellas, y en los pleitos y causas que de aquí adelante se movieren y escomenzaren, las guarden y cumplan y ejecuten, y las hagan guardar y cumplir y ejecutar en todo y por todo, segun que en ellas y en cada una de ellas se contiene, como leyes generales de estos mis reinos; y los dichos jueces juzguen por ellas, y los unos y los otros no vayan ni pasen ni consientan ir ni pasar contra el tenor y forma de ellas en algun tiempo ni por alguna manera, so pena de la mi merced y de las penas en las dichas leyes contenidas. Y de esto mandé dar esta mi carta y cuaderno de leyes, firmada del nombre del Rey mi señor y padre, administrador y gobernador de estos mis reinos y señoríos, y sellada con el sello del Rey y Reina mis señores padre y madre, porque á la sazon no estaba hecho el sello de mis armas. Y mando que sean pregonadas públicamente en la mi córte, y que dende en adelante se guarden y aleguen por leyes generales de mis reinos. Y mando á las dichas mis justicias y á cada una de ellas en sus lugares y jurisdicciones, que luego las hagan pregonar públicamente por ante escribano, por las plazas y mercados y otros lugares acostumbrados.

Y mando á los del mi consejo que den y libren mis cartas y sobre-cartas de este cuaderno de leyes para las ciudades y villas y lugares de mis reinos y señoríos, donde vieren que cumple y fuere necesario. Y los unos ni los otros no hagades ni hagan ende al por alguna manera, so pena de la mi merced y de diez mil maravedís para la mi cámara á cada uno por quien fincare de lo así hacer y cumplir. Y mando al home que vos esta mi carta mostrare que vos emplaze que parezcades ante Mí, en la mi córte, del dia que vos emplazare fasta quince dias primeros siguientes; y mando so la dicha pena á cualquier escribano público que para esto fuese llamado, que dé ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo, porque Yo sepa en cómo se cumple mi mandado. Dada en la ciudad de Toro, y siete dias del mes de marzo, año del nacimiento de nuestro Salvador Jesu Cristo de mil y quinientos y cinco años. Yo el Rey. Yo Gaspar de Gricio, secretario de la Reina N.ª S.ª las hice escribir por mandado del S.r Rey su padre, administrador y gobernador de estos sus reinos. Joannes, Episcopus Cordubensis. Licentiatus Zapata. Ferdinandus Tello, Licentiatus. Licentiatus Moxica. Doctor Carvajal. Licentiatus de Sanctiago. Registrada; Canciller.

COMENTARIO.

1. La Pragmática que acaba de verse, preámbulo á la par y sancion oficial de las Leyes de Toro, tiene indudablemente una gran importancia para comprender y poseer su espíritu. Explicando la razon por que se hicieron estas leyes, manifestando su causa y su propósito, allana el verdadero, el único camino para su inteligencia. Quien prescinda de tales antecedentes, ni se hará cargo de sus preceptos en la mayor parte de los casos, ni atinará á resolver las dudas que de la letra de esos preceptos mismos pueden nacer. Por eso no entendemos cómo ha sido olvidada esta Pragmática, descartada, no insertada al ménos, por algunos comentadores.

2. Nuestra legislacion castellana procedia de tan diversos

orígenes y de tan contrarios elementos como veremos y consignaremos en el próximo exámen de la ley primera; y esa diversidad de procedencia y de índole, unida á la rudeza de los tiempos, habia traido por resultado en la época á que se refiere esta Pragmática, esto es, al comenzar el décimo-sexto siglo, toda la deplorable confusion que señala su texto en palabras bien terminantes. De modo que el derecho práctico del país, la norma usual de su justicia, adolecian del defecto mayor que puede aquejar á los de cualquier estado, el de no ser fijos ni constantes. Los tribunales y las escuelas, los letrados y los profesores, sustentaban autorizadamente opuestas doctrinas, reconocian diversas normas, procedian por diferentes y encontradas pautas; y esto no era solo en aplicaciones difíciles ó remotas, sino en lo más sencillo, en lo más próximo, en lo más fundamental de la ley. Añádase que habia algun punto de uso comun y de importancia capital, cual era, por ejemplo, el de los mayorazgos, en que se carecía completa y absolutamente de doctrina escrita; y no se habrá menester de más explicacion para ponderar todo el cáos jurídico de aquella época, y toda la necesidad apremiante con que reclamaba del poder legislativo un remedio á tales padecimientos, una verdadera y distinta luz en tan espesas y enojosas confusiones.

3. Habian formulado, pues, reclamaciones tan sentidas como justas las Córtes que celebraran en Toledo los Reyes Católicos con el fin de jurar Princesa á su hija doña Juana; expusieron los males, y pidieron su alivio á la suprema potestad. Y aquellos monarcas insignes, á quienes tanto debieron la nacionalidad, la potencia, el pueblo de las Españas, y con especialidad aquella gloriosa Reina, que es una de las más bellas y nobles figuras, si no la más bella y noble de nuestra historia, no pudieron ménos de prestarse al deseo y de satisfacer por su parte la necesidad comun, haciendo preparar, ordenar, discutir por las personas más competentes el Cuaderno donde se habían de resolver las dudas, establecer los principios, decretar las reglas indispensables, para que de hecho correspondiese una gran legislacion á las exigencias de un pueblo grande y generoso. Obra fué ésta del periodo que corre entre 1502 y 1504: iniciada, como queda dicho, por las Córtes de Toledo, que se reunieran en el primero de estos años: terminada ántes de la muerte de doña Isabel, que ocurria en el segundo, en medio del duelo universal, y presagiando graves y tristes desastres para la nacion. Cuando otras Córtes volvieron á reunirse, cuando pudo publicarse en

ellas el terminado Ordenamiento, la gran Reina de Castilla á quien se había debido su obra, gozaba ya en el seno del Señor el premio de su bondad y de sus virtudes.

4. Habíale sucedido en la corona su propia hija doña Juana, la que hemos dicho que se juró en Toledo; la cual, mujer del archiduque D. Felipe, madre ya de D. Cárlos el que había de ser emperador, residía por aquellos tiempos en Flandes, en los estados de la casa de Austria-Borgoña. En Castilla gobernaba y administraba en su nombre su padre D. Fernando, el Rey Católico de Aragon y de Sicilia. Este fué quien convocó para Toro las Córtes que debían reconocer á su hija soberana en el reino de San Fernando. Y en esas Córtes es donde se hizo la promulgacion de las expresadas leyes, que de las mismas han tomado el nombre con que las ha conocido y conoce, con que las ha apellidado y apellida todo el mundo. Formadas por D. Fernando y doña Isabel en su reinado comun, sancionáronse (como ahora decimos) y promulgáronse por el Rey viudo á nombre de su hija, y aparecieron al inaugurarse el reinado de ésta, como un bello floron que había de adornar su jóven corona, Pero la justicia histórica, y á la par de ella el sentimiento comun, no han dejado jamás de considerarlas como una gloria más de la que vengó definitivamente en Granada la vergüenza del Guadalete, y vendió sus joyas para dar á Castilla un nuevo mundo.

5. Aquí pudiéramos preguntarnos y examinar si el objeto á que se encaminaban estas leyes encontró en su texto una resolucion y una satisfaccion adecuadas; si terminó la confusion, si se desvanecieron las dudas, si se adelantó, en fin, con ellas lo que se pretendía adelantar, cumpliendo las obligaciones que imponía un estado de civilizacion como el que alcanzaban nuestros mayores, entrado ya aquel siglo de lustre y de grandeza. Pero nuestros lectores comprenderán que la respuesta posible en este lugar á tales preguntas no podría ser ni completa, ni justificada, ni consiguientemente satisfactoria. Esa respuesta irá resultando poco á poco de nuestro Comentario. Al examinar cada ley, y no ántes, es cuando podremos formular con fundamento su crítica y su juicio; y si se quiere un resúmen sintético, una apreciacion comun respecto á todas, ni el lugar ni la ocasion de expresarlos son de seguro el lugar ni la ocasion presentes. ¿Á qué, pues, hemos de adelantar lo que no es propio del principio, sino del fin; lo que no debe ser prólogo, sino epílogo de nuestro trabajo? Bástenos anunciar ahora que no se oculta á nuestra inteligencia, ni la posibilidad ni la justicia de esa cuestion; y es-

peremos para dilucidarla y resolverla á que lo podamos hacer con los datos y conocimientos que no son propios de este sitio. Nada nos quedará por decir de lo que alcancemos y juzguemos, si Dios nos permite terminar esta obra.

6. Solo añadiremos en el presente instante, ó solo inculcaremos, por mejor decir, una y otra vez, que aun dentro de la idéa que inspiró esta coleccion de leyes, nunca fué el ánimo de sus autores el de formular un verdadero y sistemático código,—no digamos como el de las Partidas, pero ni aun como cualquiera de los fueros ó el Ordenamiento de Alcalá. Así, no hay division, no hay trabazon, no hay órden ni estudio científico entre sus partes; así, no hay libros ni títulos; así no hay más que leyes. Su objeto (la Pragmática lo dice) fué ver y declarar lo que debería hacerse en los casos de duda que más comunmente solían ocurrir; y esta expresion, que textualmente copiamos, excluye toda idéa de codificacion verdadera y real, cual ha existido ántes y despues, en muchos y diversos tiempos.

7. Parécenos que basta con lo dicho como preámbulo general de estas leyes, y que podemos entrar sin detencion á copiarlas y á examinarlas.

LEY PRIMERA.

(L. 3.ª, tít. 2.º, lib. III, Nov. Rec.)

Primeramente: por quanto el Sr. Rey D. Alonso, en la villa de Alcalá de Henares, era de mil y trecientos y ochenta y seis años, hizo una ley cerca de la órden que se devía tener en la determinacion y decision de los pleitos y causas, el tenor de la qual es este que sigue:

«Nuestra intencion y voluntad es que los nuestros naturales y moradores de los nuestros reynos sean mantenidos en paz y en justicia; y como para esto sea menester dar leyes ciertas por do se librasen los pleytos en las contiendas que acaescen entre ellos, y magüer que en la nuestra córte usan del Fuero de las Leyes, y algunas villas de nuestro señorío lo an por fuero, y otras cibdades y villas an otros fueros departidos, por los que se les pueden librar algunos de los pleitos; pero porque muchas son las contiendas y los pleytos que entre los hombres acaescen y se mueven de cada dia, que se non pueden librar por los fueros; por ende, queriendo poner remedio convenible á esto, establecemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron; salvo en aquello que Nos hallásemos que se deven emendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios y contra razon, y contra las leyes que en este nuestro libro se tienen: por las quales leyes deste nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos civiles y criminales. Y los pleytos y las contiendas que no se pudiesen librar por las leyes deste nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas que el Rey

D. Alonso nuestro bisabuelo mandó ordenar, como quier que hasta aquí no se halla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fuesen avidas ni recebidas por leyes. Pero Nos mandámoslas requerir y concertar y emendar en algunas cosas que cumplía; y así concertadas y emendadas, por que fueron sacadas y tomadas de los dichos de los Santos Padres, y de los derechos y dichos de muchos sabios antiguos, y de fueros y costumbres antiguas de España, dámoslas por nuestras leyes. Y porque sean ciertas y no haya razon de quitar y emendar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos hacer dellas dos libros, el uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo, para tener en la nuestra cámara, para en lo que oviere duda que lo concertedes con ellos. Y tenemos por bien que sean guardadas y valederas de aquí adelante en los pleytos y en los juycios y en todas las otras cosas que en ellas se contienen, en aquello que no fueren contrarias á las leyes deste nuestro libro y á los fueros sobredichos. Y porque los fijosdalgo de nuestros reynos an en algunas comarcas fuero de alvedrío y otros fueros por que se juzgan ellos y sus vasallos, tenemos por bien que les sean guardados sus fueros á ellos y á sus vasallos, segun que lo an de fuero, y les fueron guardados hasta aquí. Y otrosí, en hecho de los rieptos, sea guardado aquel uso y costumbre que fué usada y guardada en el tiempo de los otros Reyes y en el nuestro. Y otrosí, tenemos por bien que sea guardado el Ordenamiento que Nos agora hezimos en estas Córtes para los hijosdalgo, el qual mandamos poner en fin deste nuestro libro. Y porque al Rey pertenesce y ha poder de hacer fueros y leyes, y de las interpretar y declarar y emendar donde viese que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las Partidas, ó en este nuestro libro, ó en alguna ó algunas leyes de las que en él se contienen, fuese menester declaracion y interpretacion, ó emendar ó añadir ó tirar ó mudar, que Nos que lo hagamos; y si alguna contrariedad paresciese en las leyes sobredichas entre sí mismas, ó en los fueros, ó en cualquiera dellos, ó alguna duda fuere hallada en ellos, ó algun hecho porque por ellas no se pueda librar, que Nos que seamos requeridos sobre ello, porque hagamos interpretacion y declaracion ó emienda do entendiéremos que cumple, ó hagamos ley nueva la que entendiésemos que

cumple sobre ello, porque la justicia y el derecho sea guardado. Empero bien queremos y sofrimos que los libros de los derechos, que los sabios de los antiguos ficieron, que se lean en los studios generales de nuestro señorío, porque há en ellos mucha sabiduría, y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende más honrados.»

Y agora somos informados que la dicha ley no se guarda ni executa enteramente como devía. Y porque nuestra intencion y voluntad es que dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene, ordenamos y mandamos que todas las nuestras justicias destos nuestros reynos y señoríos, ansí de realengos y abadengos como de órdenes y behetrías, y otros señoríos qualesquier de qualquier calidad que sean, que en la dicha ordinacion y decision y determinacion de los pleytos y causas ansí civiles como criminales se guarde la órden siguiente: Que lo que se pudiese determinar por las leyes de los ordenamientos y premáticas por Nos hechas y por los Reyes que de Nos vinieren, en la dicha ordinacion y decision y determinacion, se sigan y guarden como en ellas se contiene, no embargante que contra las dichas leyes de ordenamientos y premáticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, ansí del Fuero de las Leyes como las de los fueros municipales que cada cibdad ó villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren usados y guardados en los dichos lugares, y no fueren contrarios á las dichas leyes de ordenamientos y premáticas, ansí en lo que por ellas está determinado como en lo que determináremos en adelante por algunas leyes de ordenamientos y premáticas, y los Reyes que de Nos vinieren. Ca por ellos es nuestra intencion y voluntad que se determinen los dichos pleytos y causas, no embargante los dichos fueros y uso y guarda dellos. Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y premáticas y fueros no se pudiere determinar, mandamos que en tal caso (se) recurra á las leyes de las Siete Partidas hechas por el Sr. Rey D. Alonso nuestro progenitor; por las quales, en defecto de los dichos ordenamientos, premáticas y fueros, mandamos que se determinen los pleitos y causas ansí civiles como criminales, de qualquier calidad ó cantidad que sean, guardando lo que por

ellas fuese determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos que quandoquier que alguna duda ocurriere en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de ordenamientos y premáticas y fueros, ó de las Partidas, que en tal caso (se) recurra á Nos y á los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion y declaracion dellas, porque por Nos vistas las dichas dudas declaremos y interpretemos las dichas leyes, como conviene á servicio de Dios nuestro Señor y al bien de nuestros súbditos y naturales y á la buena administracion de nuestra justicia.—Y por quanto Nos ovimos hecho en la villa de Madrid, el año que pasó de noventa y nueve, ciertas leyes y ordenanzas, las quales mandamos que se guardasen en la ordenacion y algunas en la decision de los pleytos y causas en el nuestro consejo y en las nuestras audiencias, y entre ellas fezimos una ley y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bártulo y Baldo y de Juan Andrés y el Abad, quál dellas se debe seguir en duda á falta de ley; y porque agora somos informados que lo que hezimos por estorbar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los doctores ha traido mayor daño y inconveniente; por ende, por la presente cassamos, anulamos, revocamos en quanto á esto todo lo contenido en la dicha ley y ordenanza por Nos fecha en la dicha villa de Madrid, y mandamos que de aqui adelante no se use della, ni se guarde ni cumpla. Porque nuestra intencion y voluntad es que cerca de la dicha ordinacion y determinacion de los pleytos y causas solamente se haga y guarde lo contenido en la dicha ley del Sr. Rey D. Alonso, y en esta nuestra.

COMENTARIO.

I.

1. Un Comentario completo de esta ley seria por sí solo la historia de nuestro derecho. Mas, como comprenden los lectores, ni podemos ni debemos aspirar á tanto en la presente ocasion: bastará contentarnos en esta materia con simples resúme-

nes, remitiendo á obras especiales á cuantos deséen ó necesiten mayores noticias ó una explanacion más minuciosa.

2. Lo que formaba los reinos de Castilla en principios del siglo XVI, habia sido regido por la legislacion romana, desde que los emperadores de aquel inmenso estado extendieron sus preceptos y sus fórmulas á todo el mundo que los obedecía. España, una de las provincias del Imperio, había seguido como era forzoso la suerte comun: primero las *colonias*, y despues todo su territorio, recibieron el derecho de la gran ciudad, como último sello de su dependencia, y tambien como complemento de su civilizacion. Cuando los Vándalos, los Suevos y los Godos vinieron á devastar la Península, luego á ocuparla, posteriormente á poseerla, los Españoles eran Romanos, tanto como los pueblos de la alta Italia ó de la Galia meridional, y más, de seguro, que los de Grecia y del Oriente (1).

3. Pero no se olvide nunca que el derecho romano no había obtenido aún, en aquella época, su perfeccion y acabamiento. No solo estaban por formar las grandes obras justinianéas,—el Digesto, el Código, la Instituta;—sino que no existía siquiera el Código Teodosiano, compilacion, como se sabe, del propio siglo V. Hácia el año 400, principio de aquellas invasiones, la legislacion de Roma subsistía en toda su indigesta y no ordenada abundancia, siquiera la enriqueciesen los trabajos de Gayo, de Ulpiano, de Paulo, y de tantos otros insignes jurisconsultos. El pueblo hispánico no podía gozar de privilegios que no disfrutaba el propio de las orillas del Tíber.

4. Los Bárbaros, á su vez, traían costumbres que les servian de leyes, en tanto que comenzasen á tener leyes escritas. Eran hordas á la sazon más bien que naciones, ejércitos más bien que pueblos; y solo cuando se fijasen definitivamente en la tierra, solo cuando abriesen con el arado los fundamentos de una verdadera civilizacion, sería cuando hubiesen de poder pensar en lo que es á un mismo tiempo de ésta la base y la corona. Si los Españoles, pues, tenian el derecho romano como existía entonces, los Godos y los Suevos no conocían otro que el descrito en páginas preciosísimas por Tácito y por Jornandes, por San Isidoro y por Ammiano Marcelino.

(1) Quizá no lo eran, no lo llegaron á ser nunca de todo punto los Cántabros y los Vascones. Mas este hecho, que notamos en gracia de la exactitud histórica, no altera en nada la verdad de lo que como general decimos.

5. Llegóse así hasta la época de Eurico (470). Extinguíase por entónces el reino de los Suevos, y el de los Godos tocaba al límite de su esplendor. Ya formaban estos un verdadero pueblo y un verdadero estado. Asentados entre el Loira, el Ródano y el Ebro, si se dilataban hasta el Tajo, si amagaban llegar hasta las columnas de Hércules, no era, como un siglo ántes, para devastar y abandonar luego el pais, sino para conquistarlo, para agregarlo á la poderosa monarquía. Vencedor del Huno en Chalons, no cedía ya el Godo al flujo de las nuevas invasiones tártaras. Primero por la fuerza como por el ingenio entre todos los pueblos bárbaros, llegaba el instante de que abriese su seno á las ideas civilizadoras.

6. Eurico hizo leyes para sus súbditos, segun nos refiere San Isidoro; y esas leyes, ó cuando ménos algunas de ellas, son de las señaladas con el epígrafe de antiguas en la coleccion del Fuero-Juzgo. Mas estas leyes alcanzaban á los Godos y no á los Galos ni á los Hispanos, aun aquellos mismos que eran sus súbditos; quienes seguian rigiéndose por el derecho de su antigua civilizacion, por las leyes y las tradiciones de Roma. Mezcladas pero no confundidas las razas, el sistema legislativo era *personal* bajo los sucesores de Ataulfo, como lo era por el mismo tiempo en casi toda Europa, y como tiene que serlo necesariamente donde quiera que se yuxtaponen pero no se asimilan ni aun tienden á asimilarse dos pueblos.

7. Y tanto era así, y tan inconcuso era ese respeto por parte de los Godos á la ley romana, única posible para los Galos y los Españoles, que en el reinado de Alarico II, y por mandado de este, se compiló el Código denominado Breviario de Aniano, tomado de aquel derecho, compendiado del de Teodosio que había visto la luz algun tiempo ántes, y con el propósito de que satisficiese á las necesidades de la expresada sociedad. De manera que lo que el referido Teodosio hacia en Constantinopla, para los restos aún existentes del Império, y lo que más tarde y con mayor perfeccion había de realizar Justiniano para sus súbditos del Oriente, de África y de Italia, eso mismo emprendía y ejecutaba el Rey bárbaro de Tolosa, en los términos que le eran posibles, con relacion á los suyos de estirpe romana, del uno y otro lado del Pirinéo.

8. Al terminar, pues, el sexto siglo, la legislacion de nuestra Peninsula era la siguiente. El pueblo godo se regía por sus viejas costumbres y por las nuevas leyes de Eurico y Alarico: la sociedad española, súbdita de aquel, por el Breviario de Aniano

y las tradiciones romanas: la que obedecía aún á los Césares de Constantinopla—(los de Roma habían concluido ya)—por las mismas tradiciones y por el Código de Teodosio.

9. No es del caso relatar aquí ni cómo fueron expulsados de la Bética y de la Cartaginense los Imperiales, ni cómo esas sociedades goda é hispánica comenzaron á caminar hácia su union. Concurrieron á esto último la propia naturaleza de las cosas y la política de algunos monarcas; y entre los medios que se emplearon para tal propósito, y entre las consecuencias que se desprendieron de esta nueva faz, no hay la menor duda en que debe señalarse la unificacion del derecho, emprendida con constancia, llevada con felicidad á cabo. Los Concilios y los Soberanos redactaron leyes y leyes hasta tener un código merecedor de este nombre; y cuando creyeron poseerlo, habiendo refundido en él toda la sabiduría de aquella edad, abolieron la ley romana, prohibieron su alegacion y su uso, y declararon única norma de la justicia ese código nacional, godo-galo-español, engendrado por el contacto de los dos pueblos, y que debía acabar de constituir en uno á los hijos del Mediodía y á los del Norte, á la raza latina y á la raza sármata.

10. Así terminó oficialmente en España la autoridad de la ley de Roma; no, de seguro, su influencia. La cual, conservada en las tradiciones, embebida en las costumbres, inoculada, segun queda dicho, aun en las propias leyes godas, permaneció como en el mundo entero embozada y latente, hasta el dia en que debieron volver á levantarla, seis siglos despues, los estudios de una mayor ciencia y las necesidades de una próspera y creciente civilizacion.

11. La dominacion pacífica y exclusiva del Código Visigodo—(*Liber Judicum*,—*Fuero-Juzgo* más adelante)—hubo de ser desgraciadamente corta. La invasion alárabe de 714 puso fin á aquel estado, anegando en el Guadalete la espada de Ataulfo y la corona de Rodrigo. La nacionalidad godo-española, sobre la base goda, se desvaneció con una casi incomprensible presteza; y venciendo como torrentes las débiles resistencias locales, en el espacio de pocos años, casi íbamos á decir de pocos dias, no solo ocupaban las huestes musulmanas toda la parte hispánica del derrocado imperio, sino que habían invadido las Galias y hecho beber á sus caballos las aguas del Ródano y del Loira. Pocos ejemplos había presentado la historia del mundo de tanta fortuna y de tan grande y completa destruccion.

12. Estaba escrito, sin embargo, que se levantase la Penín-

sula de tal caida, y que nuevos estados, cristianos y poderosos, asentasen en ella su bandera como en firmísima roca, para llevarla y pasearla despues hasta por las remotas regiones de un nuevo mundo. Esa derrota que hemos mencionado del Guadalete, podia acabar y acabó con la monarquía de Alarico; pero ni podía ni debía acabar con la antigua nacionalidad céltica é ibérica. Había de ser, por el contrario, la ocasion de que esta se despertase y de que, rompiendo así el sello romano como el predominio godo, volviese á tener la existencia propia y autonómica de que malamente careciera por espacio de muchos siglos.

13. No fueron, pues, estados godos como ni estados imperiales los que nacieron en las montañas de Asturias y de Jaca, en Sobrarbe y en Covadonga: fueron estados españoles (1). Conservaron sin duda,—y era imposible que fuese de otro modo,—algo del espíritu, algo de las costumbres, algo de las instituciones de la sociedad que los antecediera; mas inspiráronse tambien de un espíritu nuevo, indígena, verdaderamente nacional; mas iniciaron otras costumbres, imposibles en las civilizaciones precedentes; mas echaron los fundamentos de una legislacion distinta, que había de ir formándose, desarrollándose, perfeccionándose, hasta llegar á ser científica y completa. Con derecho se llamaron Asturias, Leon, Castilla, Navarra, Aragon, aquellos nuevos estados, que sucedían, sí, pero que no continuaban homogéneamente á la potencia goda.

14. Y sin embargo, el Código de esta debió seguir y siguió de hecho rigiendo en la esfera jurídica que tomaba entónces su principio. Lo cual procedía de varias razones. La primera, de que no había otro, y que no era aquella ocasion de pensar en hacer leyes. La segunda, de que los soberanos de Asturias y de Leon presumían descender de la vieja nobleza septentrional, con ese afan ingénito que lleva á todos los poderes, á todos los monarcas, á crearse una legitimidad que los autorice y decore, siquiera sea ficticia é insostenible ante la luz de la razon. La tercera y capital, en fin, que como el Código de que hablamos había recibido la influencia del pueblo romano-español, tanto por lo ménos como la del antiguo espíritu godo, era fácil que conviniese á aquella sociedad nueva, y que pudiese satisfacer en

(1) Lo más *godo* de tal restauracion son los pequeños estados de los Pirinéos orientales. No nos detenemos en notarlo y en ver sus consecuencias, porque las leyes de Toro y la monarquía castellana no tienen ninguna relacion con aquel país.

gran parte las necesidades de los estados españoles. Mejor había de regirse por sus leyes un pueblo ibérico, pirenáico, cantábrico, con reminiscencias godas,—y eso era lo que existia,—que no, á haber sido posible, un campamento godo con reminiscencias hispánicas. No olvidemos nunca que bajo Sisenando y Egica la inmensa mayoría de los peninsulares no eran Godos, sino Hispano-romanos, y que los Padres de los Concilios de Toledo, autores de tantas de aquellas leyes, más bien y en mayor número correspondían á la clase de estos, que era la letrada, que no á la clase de aquellos, que era la aristocrática y militar.

15. Á pesar de todo, en la nueva época que se abria para nuestros padres, y que debia durar por espacio de algunos siglos, haciase imposible que permaneciese único el *Codex Wisigothorum* como regla del derecho español. Era aquel el momento de la existencia social por pequeños grupos; á más de ser el de una guerra perpetua é intestina, como no se ha presentado jamás en la historia. El municipio, esto es, el concejo, se elevaba de entidad administrativa á entidad política; la repoblacion exijia privilegios que la estimularan; nacia un nuevo órden de nobleza en condiciones que no fueran conocidas ántes. Comenzaba á haber *realengo, abadengo, señoríos, behetrías*, algun tiempo despues *órdenes*. Todo ello, en la pujanza de su juventud, no podía ménos de tener influjo sobre la legislacion, despedazando á esta, á semejanza de cómo despedazaba al estado. Imágen ó reflejo de la confusion que sucediera á la unidad gótica, fué completamente natural que naciesen un centenar de fueros, para servir de múltiple norma á una justicia que habia perdido su tipo único, y erraba desatentada en medio de diversos ideales.

16. Desde entónces, si el Libro de los Jueces no dejó de ser ley en varias ciudades ó en algunos juzgados, dejó por lo ménos de ser el código de la nacion. Hablando propiamente, ya no hubo tal código. Perdió este nombre, se llamó Fuero, y fué un fuero más en medio de la muchedumbre. Consta que en Oviedo rigió consuetudinariamente: consta que San Fernando lo dió como municipal, ó quizá más bien como provincial, á sus grandes conquistas de Andalucía. Pero al lado de él, y siendo ley como él, existieron entre muchos otros los de Leon, Nájera, Sepúlveda, Cuenca, Cáceres; infinitos, en fin, que conocemos, y quizá tambien algunos que no conocemos, y que yacen olvidados entre el polvo de viejos archivos. Y al mismo tiempo que ellos, quizá ántes que ellos, y supliéndolos en donde quiera que no los hubo, regianse las villas, los lugares, los campos, por

lo que se llamó *fazañas y alvedríos*, que no eran otra cosa que ejemplos, que jurisprudencias tambien locales, fundadas en el sentido comun y en las prácticas de cada tierra. Causábalo todo, exijíalo todo, como hemos dicho, la época que se atravesaba, cuyo carácter esencial era el fraccionamiento, aun preparando en medio de él los gérmenes de la unidad y de la grandeza futuras.

17. Esto por lo que dice relacion al estado llano ó comun. La nobleza, que nacía entretanto, como nace siempre en medio de esos heróicos combates; la nobleza, que formó una clase separada, una sociedad verdadera en medio de la sociedad, aunque no fuese en Leon y Castilla de orígen extranjero como lo era en otros estados de Europa; la nobleza quiso tener asimismo sus leyes propias, cual tenía su condicion, y ganó fueros particulares que regularon sus derechos y obligaciones. Créese que esta especial legislacion tuvo su principio en las Córtes de Nájera, en tiempo de D. Alfonso VII: sábese que fué aumentada por otros Reyes, como por D. Alfonso XI en el mismo Ordenamiento de Alcalá, segun declara la propia ley que comentamos; y tiénese hoy por cosa cierta que se compiló en tiempo de don Pedro, en el célebre Fuero Viejo de Castilla, que quizá tomó este nombre en contraposicion al Real de D. Alfonso el Sabio, indicando que eran más antiguos los privilegios de la hidalguía que el derecho comun de la clase general de los pueblos.

18. Así, la division, el fraccionamiento, el espíritu local y el de clase habían tocado á sus límites. Sin embargo de lo cual, á medida que el estado había ido siendo más fuerte, á medida que el poder se había sentido más vigoroso, habíanse notado claras tendencias hácia la recomposicion de la unidad. Necesario había sido, en los principios de la restauracion, que la legislacion se dividiese: natural era, llegada la restauracion á cierto punto, que la legislacion se reorganizase y unificase. Con San Fernando, el gran monarca de Castilla, que reune bajo su cetro desde el mar de Cantabria hasta el mar de Hércules, termina la concesion de los fueros verdaderamente municipales, y comienza el propósito de la reforma legislativa. Al vasto y rico territorio que reune á su corona, no da improvisadas, nuevas, y por decirlo así, empíricas leyes, sino que señala, cual decíamos antes, el Código Visigodo, haciéndole traducir en castellano, como si le quisiese renovar y confirmar su antigua carta de naturaleza. Y cuando despues de una gloriosa vida, ilustrada con los más insignes hechos, ve acercarse la suprema hora, y se prepara

á dar cuenta á Dios del reino que le había encomendado, lo que encarga á su hijo y sucesor D. Alfonso, es que fije sus ojos y aplique su ingenio á la legislacion, y que la unifique y ordene, para ponerla en consonancia con las necesidades y con la civilizacion de un estado, que es ya en aquella época uno de los más grandes, de los más cultos y de los más poderosos de toda Europa.

19. No podemos extendernos en este Comentario cuanto consentirían los hechos que resumimos; porque eso—ya lo hemos dicho ántes—sería escribir la historia de nuestra legislacion. Mas cuando se llega al reinado de D. Alfonso X es imposible no hacer algun álto, ó no consagrar mayor detenimiento al exámen de los trabajos de codificacion de aquel Monarca. Ninguno se ocupó tanto en esta materia: ninguno concibió, preparó, emprendió tan importantes innovaciones: ninguno dejó unidas á su nombre y á su memoria obras tan grandes, tan verdaderamente colosales en este género. Sus contemporáneos le llamaron el *Sabio*, por su ciencia, superior á la edad en que vivia: los que hemos venido siglos despues no podremos ménos de llamarle en todo tiempo el gran promovedor del derecho y de la justicia, el gran legislador de la nacion española.

20. Las obras de D. Alfonso, en este preeminente objeto de su autoridad real, fueron, segun la historia, cuatro: el Setenario, el Espéculo, el Fuero Real y las Partidas. El *Setenario*, que había comenzado su padre, que él concluyó; y que, encontrándose muy defectuoso, fué en seguida abandonado, y no es conocido en nuestra edad sino por su nombre. El *Espéculo*, tomado de la confrontacion de los fueros municipales más importantes, y que contiene una buena parte de lo que era en ellos, por decirlo así, derecho comun. El *Fuero Real*, con el que quiso sustituirse uniformemente á los fueros anteriores, dándolo á todas las ciudades y villas que no lo tenían propio, y preparando de esta suerte su extension á todo el reino, que era á lo que el Monarca se encaminaba. Y últimamente, las *Partidas*, ingente obra de filosofía y de saber, una de las más grandes en aquel grande siglo XIII, que nos dejó tántas no igualadas por ningunas otras.

21. Muy diversa fué desde luego, y ha seguido siendo despues, la suerte de los cuatro códigos de D. Alfonso. Del Setenario ya hemos dicho que apénas mereció alguna atencion ligera, ó por su poco mérito, ó eclipsado luego por las siguientes compilaciones. El Espéculo, que no establecía realmente nuevas leyes, fué recibido sin dificultad, y se observó constantemente en los tribunales del estado. El Fuero Real, aspiracion mani-

fiesta á esa unidad que tanto deseaba el Monarca, pugnó por lo mismo, ora con los intereses locales, ora con las aspiraciones de la nobleza, que comenzaba á rebullirse bajo la insegura mano de un hombre poco enérgico. Principió á regir, fué contradicho en seguida, y vivió una vida azarosa, hasta los tiempos de otro D. Alfonso, que era ménos sabio, pero que fué más rey. Las Partidas, por último, ni aun fueron promulgadas durante la vida de su autor: compuestas para ser efectivamente leyes, quedaron, por decirlo así, como mero cuerpo de doctrina hasta las Córtes de Alcalá en el siglo XIV, en las cuales fueron revisadas, aceptadas y solemnemente publicadas, para que formasen, en los términos que veremos despues, una parte de nuestro derecho.

22. De manera que el propósito fué por entónces más grande que el resultado. El legislador tuvo más inteligencia que poder, más aspiracion que energía; y por eso ha sido más insigne en los siglos posteriores, é hizo más para el porvenir de su estado, que lo fué en su siglo propio, y que hizo para la sociedad contemporanea. De aquí los encontrados juicios con que, acertadamente uno y otro, pueden caracterizarle el jurista y el historiador: aquél se fijará en sus libros y le señalará como el más alto ingenio entre los soberanos de Castilla; éste se fijará en sus hechos, y no podrá ménos de censurar la flaqueza y el poco tino de su conducta, que trajeron para su reino y para él tantos desórdenes y tantas desgracias.

23. Despues del reinado de D. Alfonso X siguen los de su hijo D. Sancho y su nieto D. Fernando, en cuya época se forma la coleccion denominada del *Estilo*. Quizá no fué ésta en su orígen sino una reunion de apuntes de jurisprudencia, ordenada en el consejo del rey y con arreglo á sus prácticas: el propio nombre de *estilo*, costumbre, viene á corroborar esta idéa, que aun indica, sin él, la propia naturaleza de sus leyes. Pero el mérito de ellas, por no decir su necesidad, le dieron una importancia incuestionable; hasta el punto de que se juzgó donde quiera por su tenor, y de que paso á paso fueron insertándose en posteriores colecciones autorizadas como verdaderos códigos. Si no fueron por su orígen tales leyes, elevàronse á esta categoría, y entraron muy luego á formar parte del derecho nacional.

24. Tal era la situacion de éste, cuando á mediados del siglo XIV, en la era española de 1386, otro Rey D. Alfonso, el último que ha habido hasta ahora en los reinos de Castilla, celebró Córtes en Alcalá de Henares, y sancionó y promul-

gó en ellas el Ordenamiento que ha llevado y conserva este nombre. No es ocasion de analizar aquí semejante obra, como no hemos analizado ninguna de las precedentes; pero lo es, sin duda, de fijarnos y detenernos en la primera de sus leyes, porque no es otra cosa qué élla la repetida, la copiada en esta de Toro, sobre la cual discurrimos, y es nuestra obligacion discurrir, en el presente instante.

25. El objeto de aquella ley fué el de poner término á la confusion, á la incertidumbre, á la anarquía, en que había sumido á la jurisprudencia todo el cáos político de seis siglos; el de declarar cuál era el verdadero derecho de la sociedad castellana, y en qué forma y con qué prelacion deberían aplicarse sus elementos constitutivos. En aquel inextricable embrion de leyes godas, de tradiciones hispánicas y romanas, de fueros municipales, de fazañas y alvedríos, de intentos de unificacion, de doctrinas del derecho comun traidas de Bolonia, de privilegios y usurpaciones nobiliarias, era ya indispensable que una ilustrada inteligencia y una mano fuerte tratasen de derramar de un modo oportuno la luz, y de remover los estorbos que embarazaban todo adelanto, toda civilizacion, todo órden. Lo que San Fernando hubiera hecho, de seguro, á vivir más; lo que emprendió con demasiado celo el autor de las Partidas, y que no realizó por falta de autoridad, y quizá de templanza; todo ello era un problema permanente, que se necesitaba con urgencia resolver, y que resolvió en efecto, y segun nosotros del mejor modo posible, D. Alfonso XI, un monarca digno de este nombre por su alteza de miras y por su energía de carácter.

25. ¿Cuál fué su sistema para lograrlo? ¿Cómo ordenó y llevó á cabo este sistema?—Hé aquí lo que debemos y nos proponemos examinar tan clara y brevemente como nos sea posible.

II.

27. Un erudito de Bolonia, un enciclopedista de Paris, un filósofo de nuestra edad, hubieran intentado nuevamente la refundicion y codificacion del derecho de Castilla. Y decimos nuevamente, porque esa obra se había ya intentado y ejecutado setenta años ántes: D. Alfonso X había sido á la par el erudito, el enciclopedista y el filósofo: el Fuero Real y las Partidas habian realizado no una simple, sino una doble codificacion; aquél

bajo el punto de vista histórico, éstas bajo el punto de vista doctrinal.

28. Pero D. Alfonso XI no correspondia á ninguna de tales clases, ni podía aspirar, de seguro, á semejantes ó análogas calificaciones. Era un hombre práctico, un hombre de estado y de gobierno: otra cosa, que no teorías científicas, era lo que le animaba en sus resoluciones. Conociendo el mérito de las obras de su antecesor, las había visto fracasar contra intereses y habitudes que merecian respetarse. Por eso quiso él respetarlos, sobre todo en la forma; por eso tomó un sendero, al parecer torcido, para llegar á la ordenada unidad que deseaba: por eso contemporizó con idéas que ciertamente no eran las suyas, contentándose con ponerlas en abierto roce con otras que las habian de eclipsar primero, de sustituir y reemplazar despues. D. Alfonso sabía sin duda que la línea recta sólo es la más corta en matemáticas, y que suele ser la más larga y la más difícil en las esferas política y administrativa.

29. Hé aquí, pues, á consecuencia de esto, el sistema adoptado por el Rey de Castilla para declarar y ordenar el derecho de la nacion. Primeramente, suprimir las fazañas y los alvedríos; esto es, acabar con la ley no escrita, obligando á que todo se rigiese por leyes verdaderas, y reservando como complemento de este principio á la autoridad real la interpretacion de lo oscuro y el complemento de lo defectuoso. En segundo lugar, reducir la observancia y valor de los fueros municipales á aquellos puntos en que fuesen usados y guardados; respetando su fuerza, sí, pero constituyéndolos en la categoría de privilegios odiosos, restringiendo sus disposiciones, contrariando su espíritu, ó por lo ménos sospechando y poniéndose en guardia contra él, en todo lo que era especial, discordante de lo comun. En tercer lugar, colocar al frente de ellos el Fuero de las Leyes, esto es, el Real de su predecesor el otro D. Alfonso, declarando que por él se juzgaba en la córte, lo cual era poner fuera de cuestion su uso, y darle una consideracion que había sido dudosa en medio de las revueltas de aquel siglo. En cuarto lugar, rever y concertar las Partidas, corregirlas en algo en que necesitaban enmienda, declararlas derecho universal supletorio, para que se acudiese á ellas por falta de más atendible legislacion; y conferirlas, sin embargo de este puesto, tal autoridad é importancia, que, aun cuando no fuesen usadas ni cumplidas, se debiesen cumplir y usar sus disposiciones. Añádase á esto el señalar preferencia y primacía sobre todo á los ordenamientos y pragmá-

ticas, que se empezaban á hacer más frecuentemente que nunca en las Córtes del reino, y el respetar los fueros de los hijosdalgo, y sus costumbres de rieptos, tan importantes en la sociedad del décimo-cuarto siglo; y se tendrá conocida por completo la idéa de aquel insigne monarca, que era, si no nos equivocamos, la más práctica y más útil á que pudiera acudirse para llenar la necesidad y satisfacer el propósito de que queda hecha mencion.

30. Los fueros, legislacion tradicional, alguna vez contratada bilateralmerte, siempre de procedencia española, han de preceder á las Partidas, legislacion teórica y con reminiscencias extranjeras. Miéntras haya en aquellos ley que pueda y deba observarse, estas no pueden reclamar plaza ni pretender ejecucion. Cuando no la haya; cuando falte la razon de la especialidad, del privilegio; cuando el no uso demuestre que se ha abandonado lo que era exclusivamente propio, entónces, la teoría universal, la razon comun, la doctrina científica se presentan con derecho, y no pueden ménos de ser atendidas y acatadas. Y en cuanto á la supresion de las fazañas, nada tenemos que añadir: nacieron, como era forzoso, en principios de la restauracion, cuando Asturias, cuando Leon, cuando la propia Castilla no podían pensar en leyes: ahora que las hay es menester que desaparezcan, en cuanto no se hayan escrito y no hayan tomado la naturaleza de estas otras.

31. Fué, pues, un gran paso en la legislacion castellana esta ley del Ordenamiento de Alcalá. Puso límite al cáos de seis siglos: inició y desenvolvió el único sistema acertado y posible en las circunstancias del estado: abrió, en fin, la moderna y racional historia de nuestro derecho. Si no promulgó un código nuevo, completo, universal, hizo algo que no valía ménos, y que nos llevaba con más seguridad al fin que ese código hubiera podido proponerse. La fórmula que trazó fué una gran fórmula, y el problema social que se encargó de resolver pudó mirarse en realidad como resuelto.

32. Lo cual no quiere decir que no pudiera haber, despues de ella, tristes errores, graves dificultades, y aun vicisitudes y caidas. Rózase la legislacion, y todavía se rozaba más en aquel tiempo, con demasiado poderosos intereses, para que no esté sujeta con frecuencia á retrocesos y extravíos. La ley del Ordenamiento que acabamos de examinar había estimado en ménos de lo que ellos se estimaban por entónces á sí mismos, á dos que eran en realidad de importancia: al de las localidades ó concejos, procurando reducir el valor de sus leyes; y al de la no-

bleza, si respetando las suyas, rodeándolas de un semejante disfavor. Y cabalmente sucedía así en la víspera de aquel periodo de desórden feudal y municipal, que habia de iniciarse con los disturbios entre D. Pedro y sus hermanos, y que solo se habia de cerrar con la gloriosa gobernacion de D. Fernando y doña Isabel. Siglo de guerras intestinas todavía más que de guerras extranjeras: siglo que parte de Montiel para llegar á Ávila: siglo en que los nobles se alzan tan poderosos para arrancar mercedes á los Reyes, y en que tan atrevidas y pujantes se encuentran á la par las comunidades de los concejos de Castilla, para reclamar y afirmar sus libertades y privilegios. No se extrañe, pues, ni que con posterioridad á esa ley del Ordenamiento se concierte y promulgue el Fuero Viejo de Castilla, extendiendo el antiguo derecho de los hijosdalgo, ni tampoco que vuelva á caer en confusion y en duda todo el arreglo legislativo, preparado con tal maestría y prudencia en las Córtes de Alcalá. Agitábase de nuevo y de un modo bien profundo la sociedad, y nada tiene de extraordinario que se conmoviese y cayera en incertidumbre la legislacion. Solo asentada definitivamente aquélla por los Reyes Católicos, fué cuando ésta debió tomar igual, definitivo asiento.

33. Es inútil hablar aquí de ensayos más ó ménos afortunados, que se emprendieron con ese propósito, pero que no se elevaron de tal categoría. Podemos y debemos venir desde luego á las leyes de Toro, que son la principal obra legislativa de aquella edad. Y particularmente en la designacion, en la regulacion, en la ordenacion del antiguo derecho, no cabe otra cosa que el acudir á esta primera ley, en que nos estamos ocupando, y por la cual se realizaron esos fines de una manera tan adecuada, que nada ha habido que hacer de nuevo en el espacio de más de tres siglos.

34. Pero esta ley primera no fué ni es sustancialmente otra cosa que la propia del Ordenamiento que acabamos de examinar. Ni aun quiso valerse de diferentes palabras para reiterar sus disposiciones. No se la citó tan solo: se la copió, se la insertó á la letra; declarando que era ella misma, que eran sus propios preceptos los que habían de observarse. Tan acertada se la encontraba: tánto parecia conveniente para las necesidades de nuestro reino de Castilla.

35. Quedó, pues, fijado, reiteradamente fijado desde entónces, y desde entónces se observa sin excepcion y sin dificultad alguna, el ordenado cuadro de nuestra legislacion. Allí se dijo

todo lo que era para nosotros ley, y de consiguiente todo lo que no lo era: allí se declaró con qué preferencia habían esas leyes de aplicarse, cuando se encontrara más de una de posible aplicacion para cualquier caso. El objeto fué el mismo que en el siglo anterior, y el precepto fué tambien el propio. No hubo otra verdadera diferencia sino que al comenzar el décimo-sexto la autoridad monárquica era completamente poderosa, los grandes estaban en evidente decadencia, las ciudades no pugnaban ya por privilegios, sino por el derecho comun, y de consiguiente no pudo renacer el cáos político que tanto trabajara á las edades anteriores. Por eso lo hecho quedó ya hecho, y no ha sido jamás necesario el volverlo á mandar como cosa nueva.

III.

36. Sería inútil que repitiésemos aquí el órden de prelacion de las leyes, establecido en el texto que examinamos, pues que lo hemos expresado ya al analizar la del Ordenamiento. Pero no creemos lo sea el dilucidar varias cuestiones á que esos mismos textos pueden dar lugar, ora por las palabras que empléan, ora por las omisiones que en ellos pueden notarse. Precisamente para señalar y resolver las dificultades que nacen de la letra del derecho, es para lo que se intentan y se escriben estos Comentarios.

37. Empezaremos por los casos de omision, que son indisputablemente algunos.—La ley del Ordenamiento, primero, la de Toro, despues, que la ha copiado, ni una ni otra mencionan al Fuero-Juzgo, ni á las colecciones del Espéculo ni del Estilo. La ley de Toro—(la del Ordenamiento no lo podía hacer, pues que era anterior)—no habla tampoco del Fuero Viejo de Castilla, ley, como queda dicho, de la nobleza. Ahora bien: de este silencio ¿qué es lo que debe inferirse? ¿Se han de estimar vigentes, ó no se han de estimar vigentes los mencionados códigos? Y si creemos aquello, esto es, que se estimen vigentes, ¿han de regir como legislacion nacional en todo lo que ordenaron y que no esté expresamente derogado, ó solo como legislacion de privilegio, foral, en lo que fuere usada y acostumbrada?

38. Permítasenos examinar estas cuestiones separadamente, mirando en particular á cada uno de estos cuerpos de derecho, ó por lo ménos á cada categoría de los mismos.

IV.

39. Principiamos por el Fuero-Juzgo, el más antiguo y el más célebre á la par entre todos; y al que, como hemos visto, no se cita por ninguno de sus nombres ni en la ley de Toro, ni en su matriz la del Ordenamiento de Alcalá.

40. Ya dijimos, aunque sucintamente, cuál fué el destino de aquel Código en la monarquía astur-leonesa-castellana. Conservado, como era natural y aun forzoso, despues de la extincion de la goda en el desastre de Jerez, si vió amenguarse su importancia, por las fazañas primero, y por cien fueros municipales en seguida, nunca desapareció completamente, nunca dejó de ser guardado y observado en alguna parte del reino, ora como una especie de derecho antiguo, ya que no digamos comun, ora en la clase de fuero municipal, análogo y concurrente con los otros.

41. La historia, la crítica, la erudicion, han puesto fuera de duda la verdad de estos hechos. Pellicer publicó la escritura de venta de unas tierras que pertenecían á ciertos monjes de la montaña, la cual se llevó á cabo, en tiempo de D. Fruela I, segun los preceptos, como dice la misma, de la ley gótica: «*secundum lex gotica continet.*» Y los cronistas todos, sin excepcion como sin dificultad alguna, afirman y cuentan que D. Alfonso II, el Casto, restableció en su palacio la antigua etiqueta goda, y confirmó en todo su reino la legislacion de aquella pasada monarquía.

42. Mucho más conocidos, como mucho más inmediatos á nosotros, son los hechos del siglo XIII. Á todos consta que San Fernando dió por fuero á sus conquistas el Libro de los Jueces, hecho traducir por su órden al idioma comun. «*Concedo itaque vobis ut omnia judicia vestra secundum Librum Judicum sint judicata, coram decem ex nobilissimis illorum et sapientissimis qui fuerint inter vos, qui sedeant semper cum alcaldibus civitatis ad examinanda judicia populorum, ut procedant omnes in testimoniis in omni terra dominiorum meorum. Item statuo et mando quod Liber Judicum, quod ego misi Cordubam translatetur in vulgarem, et vocetur Forum de Corduba cum omnibus supradictis, et quod per secula cuncta sit pro foro, et nullus sit ausus istud forum aliter apellare nisi Forum de Corduba, et jubeo et mando quod omnis morator et populator in here-*

damentis quas ego dedero in termino de Corduba Archiepiscopis, et Episcopis, et Ordinibus, et Riquishominibus, et Militibus, et Clericis, quod veniet ad judicium et ad Forum de Corduba.»

43. No era, pues, una ley general, reconocida, incuestionada, de los estados de Castilla, pues que habia que darla de esta suerte; pero fué de seguro una ley, un fuero provincial el Código Visigodo, segun los preceptos de San Fernando, pues que la tierra de Córdoba, llamada á la sazon un reino, excedia á lo que es en la actualidad aquella provincia. Ni decáe en importancia bajo los reinados de su hijo D. Alfonso X y de su nieto D. Sancho el Bravo, que llenan lo restante de aquel siglo; ántes por el contrario, parece que la tiene mayor, que es mucho más alta su autoridad. Consta primeramente, que habiéndose suscitado disputa en Talavera entre el alcalde de los mozárabes que juzgaba por las leyes visigodas y el de los castellanos que juzgaba por otras forales, sobre quién habia de conocer de ciertas causas, tanto D. Alfonso como D. Sancho la decidieron en favor de aquel; disponiéndose por fin que no hubiese diferencia entre castellanos y mozárabes, y que todos hubiesen por fuero el Libro de los Jueces. Y consta además que en las Córtes de Valladolid, celebradas en 1293, se mandó á peticion de las mismas que los alcaldes de la Casa del Rey que juzgaban pleitos y alzadas, lo hicieran constantemente por el propio Libro y no por ningun otro código. No son estos ya los caracteres de un fuero local ó provincial: si al dictar semejante disposicion no se le estima como derecho comun de la monarquía castellana, ignoramos en verdad cuál sea la calificacion que pueda dársele.

44. Y sin embargo, fuerza es asimismo reconocer que esta peticion de las Córtes y esta resolucion tomada por causa de ella, pudieron ser meros hechos de reaccion, y de consiguiente inseguros y transitorios. Rechazábase por aquella época la adopcion de las Partidas, y aun llevábase con impaciencia el mismo Fuero Real de D. Alfonso el Sabio. Los intereses de la nobleza y de los concejos buscaban apoyos por donde quiera contra las innovaciones de éste; y nada tiene de extraño que hubiesen querido adoptar y extender lo que era antiguo y en algunas partes se observaba, contraponiéndolo á doctrinas de donde augurabanban instintivamente que habian de venir su enflaquecimiento y su nivelacion.

45. Si esta conjetura fuese fundada, explicaríase perfectamente porqué no se hizo mencion del Fuero-Juzgo en la ley del Ordenamiento de Alcalá. Su autor D. Alfonso el de Algeci-

ras continuaba con más tino y más prudencia la obra de su predecesor el otro D. Alfonso; levantaba el Fuero Real, publicaba las Partidas, y formaba con el uno y las otras el derecho comun de sus reinos. ¿Para qué, pues, necesitaba de la antigua ley gótica como tal derecho comun? ¿Porqué no había de dejarla en la categoría inconcusa de fuero territorial, allí donde en efecto lo fuese, ó por concesion ó por costumbre?

46. Tal es sinceramente nuestro juicio sobre la cuestion presente en la ley que vamos examinando. Puede ser que nos equivoquemos; mas no será sin meditacion ni sin razones. Que la tal ley no habló del Código Visigodo como de un cuerpo general de derecho, es evidente á todas luces: en el texto no se lee ninguno de sus nombres. Que no quisiese comprenderlo entre los fueros particulares, á los que hemos visto que tambien comprendía, no sabemos en cuáles razones se pudiera fundar. Para nosotros, lo que dijo de las demás cartas de igual naturaleza, dijolo tambien del Fuero-Juzgo. Pero no dijo seguramente otra cosa. No le consideró, repetimos, al nivel del Fuero Real; pero no lo hizo de más desfavorable condicion que los de Cuenca, de Sepúlveda, de Nájera, de Cáceres. Mandó que se cumpliese y observase en donde fuera guardado y observado.

47. Mas si esta es la inteligencia natural de las leyes del Ordenamiento y de Toro, fáltanos averiguar todavía cuál es el derecho presente en el momento en que escribimos este Comentario.

48. Esas leyes que acabamos de examinar han sido insertas, desde D. Felipe II, en todas las Recopilaciones, Primitiva, Nueva y Novísima, y jamás se han alterado de una manera directa. Sin embargo, en el reinado de D. Cárlos III, y por los años de 1778, se expidió una cédula del Consejo, á virtud de representacion de la Chancillería de Granada, declarando que habían los tribunales de arreglarse á cierta disposicion del Fuero-Juzgo, sobre una sucesion intestada de bienes, preferentemente y en concurrencia con otra disposicion de las Partidas que le era contradictoria. «Debeis conformar vuestra determinacion (se dijo) con el estatuto acordado por la provincia de Trinitarios Calzados de Andalucía..... el cual es arreglado y conforme á la ley 12, tít. 2, lib. IV del Fuero-Juzgo..... *Y por cuanto dicha ley del Fuero-Juzgo no se halla derogada por otra alguna..... debereis igualmente arreglaros á ella en la determinacion de este y semejantes negocios*, sin tanta adhesion como manifestais á la de Partida, fundada únicamente en las Auténticas del derecho civil de los romanos y en el comun canónico.....»

49. La disposicion que acabamos de citar es, á nuestro juicio, una cosa bien diferente del texto de las leyes de Alcalá y de Toro: su espíritu es de todo punto otro espíritu. Que tenga incuestionablemente fuerza, que decida oficialmente la dificultad en el dia de hoy, no son materias que podamos poner en duda. Con más ó ménos reflexion, con más ó ménos consecuencia, los preceptos soberanos son siempre tales preceptos; y lo que es en ellos claro y explícito no puede hacerse por nuestra mera voluntad oscuro ni dudoso. Despues de esa cédula, conforme ó no conforme con la ley que comentamos, no cabe disputa sobre que la legislacion gótico-española subsiste hoy por tésis general; salvo que en la práctica serán muy raras las disposiciones de la misma que no se hayan copiado ó derogado en el Fuero Real ó en la Recopilacion, y que sean aplicables á nuestro estado presente en el siglo XIX.

V.

50. El Espéculo, las leyes del Estilo y el Fuero Viejo de Castilla, son tambien colecciones de que no habló la ley de Toro, como no había hablado la ley de Alcalá (1). Eran sin embargo códigos y no ordenamientos, y mucho ménos fueros municipales. ¿Cuál será, por tanto, el derecho acerca de ellas? ¿Podrán invocarse, deberán ser atendidas como tales códigos? ¿Se estimará que por pretericion quedaron derogadas? ¿Se limitará su alcance á aquellos meros puntos en que se las haya guardado y observado?

51. En la verdadera práctica de nuestro siglo estas cuestiones no tienen una importancia mayor. El Espéculo y el Estilo tienen más de leyes de enjuiciamiento que de ninguna otra cosa; y claro está que semejantes leyes son las que más han variado con el trascurso de los tiempos. Algunas de sus disposiciones se hallan insertas en la Recopilacion; y todavía, á pesar de eso, será difícil que se pueda citar una sola aplicable á nuestro enjuiciamiento contemporaneo.

52. Otro tanto sucede respecto al Fuero Viejo, aunque por diversas razones. Era este, como queda dicho, la ley especial de los hijosdalgo; comprendía sus usos, consignaba sus privilegios,

---

(1) La ley de Alcalá no podía citar el Fuero Viejo, que se ordenó despues; pero la de Toro hubiera podido citarle.

declaraba su derecho particular. Siendo así, bien claro se ve que nada útil, que nada vigente puede comprender para el dia de hoy. Los siglos han llevado de todo punto esas distinciones, en cuanto pudieran producir diversidad de derecho: las clases elevadas se han refundido en la clase general del estado. No hay, de mucho tiempo acá, dos códigos, no hay dos leyes, no hay dos justicias. Hasta las meras honras desaparecen en el dia, como cuestion de raza; borrándose los últimos restos de lo que ampliamente tuvo, pero ya no tiene, su razon de ser. Si la tradicion y la opinion conservan algun débil vestigio de esas entidades históricas, la legislacion, de seguro, no puede conservarlo.

53. Así, en el momento presente, demediado el siglo XIX, con nuestras actuaciones modernas, con nuestra nueva y nivelada sociedad, no tiene interés ninguno la pregunta de si abolieron ó no abolieron las leyes del Ordenamiento y de Toro esas colecciones del Espéculo, del Estilo y del Fuero Viejo de Castilla. De cualquier modo que á ello se responda, siempre es cierto que nada importante se podría sacar de tales códigos para los usos y necesidades de nuestra época presente. Como obras tradicionales, tenemos otras más completas que las inutilizan: el mismo Fuero-Juzgo, el Fuero Real, los Ordenamientos, las leyes de Toro, la Recopilacion, en fin, que incluyó todo lo necesario: como obras de teoría y de doctrina, es necesario reconocer que nunca aspiraron á tal nombre, y que al lado de las Partidas no hay ninguna que merezca esa calificacion.

54. Si á pesar de todo hubiese empeño en resolver, aunque inútil, la cuestion propuesta, diríamos como nuestro parecer, y sin esforzarnos á defenderlo, que el Espéculo, tomado de los fueros municipales, debería entrar en la categoría de estos propios: que el Estilo, apéndice, por decirlo así, del Fuero Real, podría ser colocado en su misma línea; y que el Fuero Viejo, ley especial, ley de una determinada clase, habría de ser estimado como las otras que le eran análogas, y de que habló la del Ordenamiento, siguiendo su suerte y rigiendo como ellas en lo que fuera guardado y observado.

VI.

55. Hasta aquí nos hemos hecho cargo de las omisiones que se pueden notar en las leyes de Alcalá y de Toro, procurando

resolver los problemas que nacen de esas omisiones mismas. Pero dijimos que tambien caben algunos otros, procedentes de distinto orígen. Aludíamos entónces, primero á la cuestion agitada entre diversos pragmáticos, y que efectivamente se puede concebir y suscitar, sobre si la condicion del uso, pedida á las disposiciones de los fueros para que tengan fuerza, se limita á los locales ó municipales, ó si se extiende tambien al Real de D. Alfonso el Sabio, al que se llamaba por aquel tiempo Fuero de las Leyes. Y en segundo lugar, nos referíamos al verdadero juicio que debe formarse acerca de las Partidas, de su valor legal, de su carácter é importancia, comparativamente con los demás códigos, y con el espíritu de los demás códigos. Puntos el uno y el otro de gravedad y de interés: puntos de que no puede prescindirse en una obra como la presente; y puntos que examinaremos aunque sea con brevedad, diciendo lo que alcanza nuestra razon y lo que nos parece más acertado en nuestro sincero juicio.

56. Primera duda. ¿Se necesita para estimar vigente una disposicion del Fuero Real, el que esa misma disposicion haya sido hasta allí usada y observada?

57. Las palabras textuales de la ley de Alcalá son las que siguen: «Y magüer que en la nuestra córte usan del Fuero de las Leyes, y algunas villas de nuestro señorío lo an por fuero, y otras cibdades y villas an otros fueros departidos..... por ende, establescemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron; salvo en aquello que Nos halláremos que se deven emendar y mejorar, etc.» —Las igualmente textuales de la ley de Toro son las que copiamos: «Y en lo que por ellas (por las leyes de ordenamientos y pragmáticas) no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, ansí del Fuero de las Leyes como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren usados y guardados en los dichos lugares, y no fueren contrarios á las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas.» Esto es todo lo que encontramos en la ley primitiva y en la posterior: los textos de la una y de la otra no dicen una palabra más.

58. Ahora bien: ¿hay una igualacion perfecta, para el punto que nos ocupa y habida consideracion á esos textos, entre el Fuero Real y los fueros municipales? ¿Hay, por el contrario, indicaciones de desigualdad, motivos de desemejanza, de donde una buena crítica deba deducir diversidad de condicion y de dere-

cho? Si á primera vista puede creerse lo primero, ¿no vendremos á lo segundo, reflexionando detenidamente sobre las expresiones empleadas por una y otra disposicion?

59. La ley de Alcalá dice del Fuero Real que *se usa en la córte*, mientras que de los otros solo dice que *los an departidos* los pueblos. El *uso*, pues, del primero es un hecho que esa ley consigna; lo que consigna respecto á los municipales es meramente su concesion. Y si meditamos un poco, luego se verá que aquélla no podia asegurar otra cosa: D. Alfonso podia y debia conocer el uso de su córte; D. Alfonso no podia ni estaba obligado á conocer el uso de cada una de sus villas ó de sus ciudades. En el laberinto donde batallaba la justicia no era póco saber los fueros que estaban concedidos, y sería pedir imposibles el determinar los que eran usados y en qué eran ó no eran usados.

60. Pasemos ahora de la ley primitiva á la que la copió, del texto de Alcalá á las adiciones de Toro. Aqui se dice que «se guarden las leyes de los fueros, ansí del Fuero de las Leyes como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren usados y guardados en los dichos lugares.» Mas este uso, esta guarda, esta práctica, que segun las palabras transcritas ha de ser local, ¿se aplica naturalmente, genuinamente, racionalmente, al Fuero de las Leyes que no lo es, ó á los fueros municipales que lo son? ¿Hablaba de todos la ley, mencionándolo, ó hablaba solo de aquellos en los cuales puede ser racional, genuino, natural, el exijirlo?

61. Cabe, sin duda, que nos equivoquemos; pero si nuestra inteligencia nos indicaba ya la distincion y la separacion entre el Fuero Real y los municipales, visto el mero texto de la ley de Alcalá, mucho más nos lo indica consultadas estas palabras de la de Toro. Parécenos que á lo que se pidió por ésta el contraste y sello del uso, debió de ser á lo homogéneo con el uso mismo que se demandaba. Al Fuero de las Leyes, que era del reino y no de una ciudad, villa ó lugar, no concebimos que se señalara como condicion de valía la observancia de poblaciones especiales; ó bien creemos que hubiera sido necesario dar á esta disposicion unas explicaciones que el texto no empléa, y que en su silencio no pueden suponerse.

62. Tiene por otra parte esa doctrina la ventaja de ser conforme á los más obvios principios de lo racional, de lo consecuente y de lo justo. ¿No habia dicho la misma ley que se cumpliesen y guardasen los ordenamientos, no solo sin pedirles la

comprobacion de su práctica, mas aun en el caso mismo de que se alegara un uso contrario? ¿Pues qué era, en verdad, el Fuero de las Leyes sino un ordenamiento un poco más antiguo, hecho por quien tenía igual autoridad que los autores de los otros, de la misma naturaleza y carácter que los otros, y encaminado á idéntico propósito que los otros? ¿Por qué, pues, separarlo de esas obras legales, á cuya especie correspondia, para confundirle con las del género local, municipal, con las cuales no tenía de comun sino el nombre únicamente? En buen hora que á éstas, legislacion de privilegio, se quisiese poner un correctivo, que había de ir reduciendo y anulando el privilegio propio, hasta refundirle en el derecho comun; pero donde existia este, donde solo se trataba de este, ¿no sería contra su naturaleza, como contra todo linaje de razon, el someterlo á unas prescripciones que no recomendaba ningun principio, porque eran lo opuesto de todos los principios posibles?

63. Concluiremos nuestras observaciones sobre este punto con una de autoridad, que nos parece decisiva en el estado presente de las cosas. Queda citada ántes la cédula de D. Cárlos III, por la cual se mandó observar una disposicion del Fuero-Juzgo; y podrán recordarse las palabras que como razon y tésis general se leen en aquel notable documento. «Y por cuanto dicha ley del Fuero-Juzgo no se halla derogada por otra alguna..... debereis igualmente arreglaros á ella, en la determinacion de este y semejantes negocios, sin tanta adhesion como manifestais á las de Partida.»—Esta declaracion, este precepto, ¿no son por ventura aplicables al Fuero Real, de la misma manera, por lo ménos, que el Código Visigodo? ¿No lo son más, si se atiende á que la ley de Egica no era ya sino un fuero local en la época de los Ordenamientos de Alcalá y de Toro, miéntras que el de D. Alfonso el Sabio, el llamado por estos «de las Leyes,» se había hecho para que rigiese en toda la monarquía castellana, y era usado en la córte del Rey, segun dicen los Ordenamientos mismos? ¿Cómo, pues, no ha de valer la razon legal donde cae de lleno, cuando la cédula la aplica á un caso en el que sería disputable, pues cabría decir mucho sobre su aplicacion?

VII.

64. Pasemos ahora á la cuestion que dejamos indicada sobre las Partidas. Enunciamos que era digno de estudio el exámen de su verdadero valor, de su carácter é importancia, comparativamente con los demás códigos y con el espiritu de los demás códigos. Y entrando de lleno en la materia, vamos á decir lo que nos ocurre y tenemos por cierto, repitiendo las idéas que expusimos algun tiempo hace en otros apuntes (1), idéas que no hemos visto combatidas hasta ahora, y en las que nos han afirmado largos años de meditacion y reflexion.

65. El Código de las Partidas, colocado en último lugar por las leyes del Ordenamiento y de Toro, postergado, no sólo á las nuevas que se hiciesen, no sólo al Fuero Real, sino á los propios fueros municipales en cuanto fuesen usados y guardados; las Partidas, decimos, pueden ser consideradas de dos modos diversos, cada uno de los cuales produce en la práctica distintas consecuencias. Segun un sistema y una doctrina, ese Código es el derecho comun español, la base ordinaria y fundamental de nuestras leyes, sujeto sólo á las variaciones, á las derogaciones especiales que otras leyes, posteriores en fecha ó anteriores por privilegio en autoridad, hubiesen hecho de sus preceptos y mandatos. Segun otro sistema y otra doctrina, ese Código mismo no es nuestro derecho comun sino subsidiaria y supletoriamente: cosiderado más bien como extraño que como nacional, admitido sólo á falta de leyes españolas y del espiritu de leyes españolas, no es menester que se le haya derogado para que no rija, siempre que sus disposiciones pugnen con ese espiritu y aun con las tendencias de ese espiritu. Los que profesen la primera creencia pueden decir respecto á una determinacion de las Partidas: «no está derogada, luego rige;» al mismo tiempo que los sostenedores ó partidarios de la segunda digan respecto á la propia determinacion: «es contraria al espiritu de nuestras leyes verdaderas y nacionales, luego no hay que atender, no se debe atender á su precepto.»

66. Esta diversidad de doctrinas no es ni una sutileza, ni una cosa poco comun. Ocurre frecuentemente en la práctica: la he-

(1) Crónica Jurídica.—1839.

mos tenido más de una vez en la nuestra propia: explícita ó encubierta, apénas habrá letrado á quien no haya podido presentarse en la suya.

67. Nuestra opinion ha sido siempre, y es tambien en el dia de hoy, que el segundo de los sistemas es el verdadero: que yerran los que, estimando á las Partidas un derecho comun español, exijen derogaciones especiales para que dejen de valer sus leyes: que aciertan, por el contrario, los que las consideran como un mero código supletorio, y creen por ello que no obligan ni son atendibles en contraposicion al verdadero espíritu de leyes francamente nacionales. El contexto de la de Alcalá, la historia de todo nuestro derecho, y la misma de las Partidas desde su formacion hasta su publicacion, nos persuaden del acierto de semejante juicio.

68. Conocida es la prevencion con que desde los tiempos de la monarquía goda se miró por nuestros mayores, ó por el gobierno de nuestros mayores, el viejo derecho romano. Si en los primeros momentos de aquella época fué forzoso transigir con él, porque no había qué sustituirle para la sociedad hispánica, recuérdese cómo se le abolió tan luego como existieron otras leyes, ó de los Monarcas ó de los Concilios, capaces de regir á aquella sociedad. Cierto es que entraron sus idéas como un elemento para la composicion del Fuero-Juzgo; pero no lo es ménos que no se le consintió nunca quedase vigente al lado del Fuero-Juzgo.

69. Vino la invasion arábiga, vino la restauracion española, nacieron las fazañas, brotaron los fueros, hubo un flujo y reflujo de fraccionamiento y de unidad. Cobraron poder las municipalidades, y tuvimos aun en Castilla nuestro poco de feudalismo. Así llegamos al siglo XIII, uno de los más notables que presenta la historia: siglo que produjo en la teología la Suma de Santo Tomás, en la poesía la Divina Comedia de Dante, en las artes cristianas las catedrales de Colonia y de Búrgos. Entónces fué tambien cuando reapareció ó tomó cuerpo el *romanismo* en la legislacion, y cuando el Rey D. Alfonso ordenó su obra de las Partidas, que es análoga y no ménos insigne que las que acabamos de indicar.

70. No tenemos verdaderamente palabras con que encarecer á este Código. Confesamos y declaramos que bajo cualquier aspecto en que se le examine, que bajo cualquier categoría en que se le coloque, no le hay más digno de atencion, de estudio, de respeto, entre todas las colecciones de nuestras leyes. Como

obra literaria, doctrinal, filosófica, carece de igual y aun parecida, así en su época como en los dos siglos que le siguen: como documento histórico, encierra preciosísimos datos para conocer toda la media edad: como libro de verdaderas leyes, como cuerpo de derecho público y privado, como regla para un pueblo grande y poderoso, como ideal de una civilizacion elevada y digna, seguro es que no nos presentan aquellas centurias nada que pueda compararsele. Resume admirablemente todas las idéas de la ciencia contemporanea, y satisface cuantas podrían ser las necesidades aun de periodos más avanzados y cultos.

71. Mas así como reconocemos lo uno, es necesario que digamos tambien lo otro: esa ciencia y esa cultura eran excesivas para nuestra sociedad, y llevaban especialmente un sello desfavorable porque eran extranjeras. Los doctores de quienes se sirvió D. Alfonso venian de Bolonia, y una parte de las idéas que adoptó tenian puro origen bizantino. El elemento español, los datos nacionales no formaron el núcleo de la obra: eran elementos, datos extraños, los que, más perfectos á los ojos de la teoría, habian de prevalecer en aquel concurso. Para un Rey literato, sabio, filósofo, naturalmente tuvo ventaja lo que se derivaba de una superior literatura y de una mayor ciencia.

72. Resultado de esto fué, en la obra misma, que se ajustase á las antiguas idéas romanas más que á las nuevas idéas españolas; en la suerte de la obra, que suscitase tan poderosos obstáculos que le fué imposible vencerlos á su propio autor. Con razon hasta cierto punto, con exageracion sin duda, se opuso á ella el espíritu nacional, de grandes y de pequeños, de pueblos y de nobles, de señores y de hombres del comun. D. Alfonso mismo retrocedió asustado ante semejantes consecuencias; y, como se ha dicho en otra ocasion, el más insigne de sus libros quedó á su muerte sin publicacion y sin vida legal.

73. Considerando tal historia, teniendo en cuenta lo que fué indispensable para hacer admitir estas leyes, fijándose en el lugar que les da la del Ordenamiento, no nos parece posible profesar respecto á ellas otra doctrina que la que hemos aceptado en los números anteriores. El Fuero Real era más antiguo, y sin embargo, se coloca preferentemente: los fueros municipales eran mucho más viejos, más imperfectos, más toscos, y sin embargo, obtienen tambien preferente estimacion en todo aquello en que son usados y guardados. ¿Qué quiere decir esto sino que las Partidas son meramente una ley supletoria, auxiliar, á la que sólo se debe acudir en absoluta falta de la ordinaria y comun? ¿Qué

quiere decir sino que casi son miradas como una legislacion extranjera, útil únicamente con derecho cuando falten los elementos nacionales, no sólo en su letra sino tambien en su espíritu?

74. Si las razones que acabamos de alegar dejasen aún alguna duda en el ánimo de nuestros lectores, parécenos que las hay todavía de una autoridad completamente irrecusable, y á las que no concebimos cómo se pueda resistir. Hablando del Fuero-Juzgo hemos copiado más arriba algunas palabras de una célebre cédula del Consejo. Pues bien: permítasenos recordarlas en este lugar, dejando en seguida la pluma, porque nada podemos añadir ni más decisivo ni más claro.—«Debeis igualmente arreglaros á ella—(á una ley del Fuero-Juzgo)—en la determinacion de éste y semejantes negocios, sin tanta adhesion como manifestais á la de Partida, fundada únicamente en las Auténticas del derecho civil de los Romanos y en el comun canónico.»

VIII.

75. Las leyes del Ordenamiento y de Toro, en que nos venimos ocupando, han continuado siempre y continúan vigentes en el dia. La fuerza y valor que ellas dieron á los Códigos españoles, son la propia fuerza y el propio valor que hoy tienen.

76. Están en primera línea las leyes modernas hechas en Córtes, las nuevas compilaciones que las mismas Córtes han realizado ó autorizado, y los reales decretos de este período, en los asuntos correspondientes á su esfera,—legislativa cuando la monarquía absoluta, ejecutiva y administrativa bajo la monarquía constitucional. Sigue la Recopilacion, en sus tres ediciones de Novísima, Nueva y Primitiva, compuesta de los ordenamientos, de las pragmáticas, de los autos acordados del antiguo Consejo, tambien de algunas leyes del Fuero Real y del Estilo. Posteriormente están el Fuero Real, el Fuero-Juzgo y los fueros municipales: aquellos, en lo que no esté derogado ó imposibilitado, que será rarísimo; estos, en lo que se acostumbre guardar y cumplir, que no será de cierto mucho más. Y despues de todo ello, y á nuestro juicio despues del espíritu de todo ello, vienen las Partidas, cuerpo completo, doctrinal, respetable; pero no más que supletorio por el orígen que tuvo y por las idéas que le inspiraron. Lo cual no quiere decir que no sea el más consultado de todos y el que resuelva mayor número de cues-

tiones, especialmente en el derecho civil; porque sabido es que á medida que ha ido adelantando la civilizacion moderna, ha ido encontrándose más en armonía con la ley romana, que fué la más perfecta expresion de la civilizacion antigua.

77. En el caso de faltar absolutamente derecho español para la decision de las cuestiones jurídicas, no es permitido entre nosotros, como en otros paises, acudir al comun, civil ó canónico. Este lugar le tienen las Partidas, que se tomaron en mucho de tales fuentes. Tampoco hay, desde la presente ley de Toro, autores privilegiados, cuyos pareceres tengan oficialmente mayor fuerza. Los hubo en fines del décimo-quinto siglo, á virtud de una ley hecha por los Reyes Católicos. Pero ésta que examinamos revocó sus disposiciones, y dejó á la razon natural, al buen sentido, á la jurisprudencia, en fin, que se forma por los fallos de los tribunales, el influjo que ellos solos deben tener. El derecho romano, como cualquiera otro extranjero, podrá alegarse en razon de analogía y de fuerza moral digna de atencion; pero autoridad verdadera y propia no la tienen en Castilla más que sus leyes, y aquél dejó de serlo entre nuestros padres, desde la época de Leovigildo.

IX.

78. Las leyes que venimos examinando hablaron asimismo de la interpretacion del derecho cuando en él apareciesen dudas; de su conciliacion caso de ser contradictorio; y de la manera de completarlo cuando de ello hubiera necesidad. Como no podian ménos de hacer, atribuyeron todas estas facultades á la autoridad soberana, de la que es una obligacion á la par que una corona el ejercicio del poder legislativo. Este residia á la sazon en el monarca, y ni D. Alfonso XI ni los Reyes Católicos eran príncipes que podian abandonarlo.

79. En el dia de hoy ese poder reside en las Córtes con el Rey. No pues á éste solo, sino á él en union con aquellas, corresponde esa facultad de la conciliacion, de la interpretacion, de la perfeccion. Todo ello es acto de soberanía; todo es una parte de su ejercicio. La autoridad especial del monarca no va más allá que hasta hacer reglamentos para la ejecucion de las mismas leyes, y dictar las medidas oportunas para la administracion del estado. Mas el estatuir derecho, verdadero derecho, el dictar ley que merezca este nombre, eso le está prohibido por nuestra

actual organizacion política. Y como ley es la interpretacion auténtica, la declaracion, el complemento de otras leyes, de aquí que quien no las puede por sí solo dictar, tampoco puede hacer por sí solo lo que implica concederlas ó dictarlas.

80. Aparte de esa interpretacion elevadísima, es bien sabido que existen otros géneros de interpretaciones. Una es la doctrinal, la que hacemos todos, valiéndonos de nuestro juicio, aplicando los principios de la ciencia. Otra es la que hacen los tribunales al dictar sus fallos, y con especialidad los supremos ó de casacion al conocer de tales recursos: la cual, repetida y confirmada por varias resoluciones, llega á formar la jurisprudencia del país. Si la vulgaridad ha censurado tal vez á la una y á la otra, llamándolas la ruina y perdicion del derecho, el buen sentido y la reflexion han hecho justicia de esas exageraciones, y reconocido muy luego, no sólo que la razon individual es un principio indeclinable de nuestra naturaleza, que ha de intervenir donde quiera que obran y piensan los hombres, sino aun que la propia jurisprudencia de los tribunales es un complemento á la par utilísimo y necesario de las leyes. Desde que no puede dictarse una de éstas para cada caso concreto de los que han de ocurrir en el mundo, indispensable es que se apliquen las dictadas segun lo que pida la inteligencia y lo que ordene el buen sentido práctico, recogido en esas tradiciones.

81. La interpretacion auténtica, cuando existe, de una ley, es tan rigorosa, tan permanente, tan inmutable como ella misma: es un texto más agregado á su texto. Las interpretaciones de la jurisprudencia y de la doctrina, aunque no se concibe que varíen á cada instante, son transitorias y mudables de suyo. Producto de las opiniones, de las necesidades, de la ciencia contemporaneas, se alteran con estas y ceden tal vez su lugar á lo que les era más contradictorio. Una misma ley, á distancia de algunos años, puede racionalmente aplicarse en diversos sentidos; restringirse ahora, cuando ántes se amplió; moderarse por tales fundamentos, que en otra época no tenian valor alguno y que despues fueron muy atendibles. Sin trastornar en el fondo el derecho escrito, la jurisprudencia le inclina justamente á uno ú otro lado, y en eso consiste una de sus mayores ventajas. Suprimi-lla; y ó bien tendreis que quebrar diariamente las leyes, ó bien habreis constituido en ellas uno de los más crueles tiranos del mundo.

X.

82. Son dignas de consideracion las palabras siguientes que se leen en la ley de Alcalá, relativas á la observancia de los fueros: «Establescemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaren, salvo..... en lo al que son contra Dios y contra razon, etc.» Expresiones en que hemos creido forzoso detenernos un instante, pareciéndonos que no puede prescindir de notarlas un Comentario de la misma ley.

83. No nos llama, de cierto, la atencion el principio en sí propio. Ha sido siempre cosa inconcusa que el derecho humano debe someterse á Dios, «supremo legislador de la sociedad,» como dijo la más célebre de nuestras modernas leyes políticas, y á la razon, que es destello de su soberana inteligencia, y el medio natural dado al hombre para distinguir lo justo de lo injusto. Pero es una cosa notable verlo consignar en este sitio, y cabalmente cuando se habla de los fueros, y únicamente hablando de los fueros. Como no puede presumirse que sólo respecto á ellos fuese la ley de Dios anterior y superior á las leyes humanas, de aquí que al leer esa frase, inmediatamente ha nacido en nuestro ánimo esta idéa: ¿sería comun en los fueros la conculcacion, ó por lo ménos el desden, respecto á las prescripciones divinas y racionales?

84. Por nuestra parte, no nos causaría extrañeza el que así se sostuviese. Sin necesidad de una exquisita erudicion, y sólo con conocer la época de fuerza y de ignorancia en que los fueros se otorgaron y redactaron, nos parece el hecho completamente posible. Son tales las aberraciones de sentido, los abusos de todo linaje de autoridad que nos refiere la historia como aceptados y corrientes en los siglos medios, que ni podemos dudar que algunos estarían consignados en las cartas de la época, ni puede parecernos raro el que un monarca tan digno como D. Alfonso tratase de ponerles un freno y una valla. Hizo bien, obró cual legislador y cual rey al escribir las palabras que hemos copiado: usó de su derecho y cumplió su deber, recordando en una ley tan importante lo que la buena ciencia ha enseñado siempre en el mundo, pero lo que los soberanos no han solido escribir en sus códigos, á saber: que no hay derecho contra el Derecho; que por cima de las concepciones y prescripciones hu-

manas hay dos cosas de una importancia mucho más capital: Dios y la razon.

85. No queremos extendernos en esta materia, que es tan grave como peligrosa. Bástanos en el presente Comentario fijar el principio, que no dice relacion únicamente á los fueros. Ese deber de ajustarse á lo que Dios y la razon preceptúan, no lo es sólo de ciertas leyes ni de ciertas épocas: deber perpetuo es de todos los tiempos y de todos los legisladores. De su cumplimiento es de donde nace la legitimidad y con ella la autoridad de las obras humanas. Cuando se olvida, cuando se huella, la conciencia de todo hombre de bien puede repetir, siquiera en sus adentros, lo que decia en esta ley su autor D. Alfonso: *salvo en lo al que son contra Dios é contra razon.*

LEY SEGUNDA.

(L. 2.ª, tít. 3.º, lib. III, Nov. Rec.)

Porque nuestra intencion y voluntad es que los letrados en estos nuestros reynos sean principalmente instructos y informados de las dichas leyes de nuestros reynos, pues por ellas y no por otras an de juzgar, y á Nos es hecha relacion que algunos letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia sin aver passado ni estudiado las dichas leyes y ordenamientos y premáticas y Partidas, de lo qual resulta que en la decision de los pleytos y causas algunas vezes no se guardan ni platican las dichas leyes como se deven guardar y platicar, lo qual es contra nuestro servicio, porque nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger y emendar los dichos ordenamientos para que se ayan de impremir y cada uno se pueda provechar dellos; por ende, por la presente ordenamos y mandamos que dentro de un año primero siguiente y dénde en adelante, contando desde la data destas nuestras leyes, todos los letrados que oy son ó fueren, ansí de nuestro consejo ó oidores de las nuestras audiencias y alcaldes de la nuestra casa y córte y chancillerías, ó tienen ó tovieren otro qualquier cargo ó administracion de justicia, ansí en lo realengo como en lo abadengo, como en las órdenes é behetrías, como en otro qualquier señorio destos nuestros reynos, no puedan usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos, sin que primeramente hayan passado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos, é pragmáticas, é Partidas, é Fuero Real.

COMENTARIO.

I.

1. Como precepto actual legislativo, la ley que acabamos de copiar no tiene ninguna importancia. Son otras más modernas, son con especialidad los planes de estudios vigentes, los que señalan las condiciones de enseñanza que han de concurrir hoy en los jueces y en los abogados. Pero como documento histórico, merece sin duda alguna atencion esta en que nos ocupamos. Lo que dice y lo que manda, lo que refiere y lo que ordena, no son cosas vacías de interés para el que examina las antigüedades de nuestro derecho.

2. Sabemos, en primer lugar, por esta ley, que á principios del décimo-sexto siglo no conocían muchos de nuestros letrados, aun de los que administraban la justicia, las propias leyes españolas, que era su encargo sostener y aplicar: los ordenamientos, las pragmáticas, las Partidas de D. Alfonso. No las habían estudiado, no las habían *pasado*; y de consiguiente no las guardaban ni practicaban, como debían guardarse y practicarse.

3. ¿Quiere decir esto que semejantes letrados y semejantes jueces no habían seguido ningunos estudios, siendo ignorantes y legos; ó quiere decir más bien que sólo habían cursado el derecho romano ó el canónico, cual se enseñaba en Bolonia, en Paris y en Salamanca, y que no habian procedido de él al estudio de nuestro derecho propio, Fuero, Partidas, pragmáticas y ordenamientos? Nosotros creemos esto último evidentemente más probable. La época era letrada; y esa ignorancia de los que se dedicaban á la carrera de las leyes no podía ser absoluta. El mal estaba, no en la falta de estudios, sino en la naturaleza de los estudios: no en que se dejara de acudir á las escuelas, sino en lo que se dejaba de enseñar en las escuelas. La ciencia vulgar no satisfacía las verdaderas necesidades de la vida pública.

4. Es, pues, esta ley una continuacion de la ley precedente, un nuevo paso inspirado por su espíritu. Allí se ha descartado todo lo que no es la legislacion propiamente española, privándolo de autoridad, para que no sirva de regla en nuestros tribunales: aquí se ordena que esa legislacion española sea el ob-

jeto de los estudios, pues que ha de ser la norma única de la justicia nacional. Allí se dispone el órden con que han de aplicarse nuestras leyes, descartando á Bártolo, Baldo y compañeros: aquí se completa la idéa, previniendo que no sean Bártolo y Baldo la materia exclusiva de la enseñanza. La filiacion y la consecuencia son notorias.

5. Algo más sabemos por esta ley: que en aquel tiempo, ya muerta la Reina Católica, pero ántes de los Reyes austriacos que habían de realizarla en la Recopilacion, existia y dominaba la idéa de compilar y enmendar los ordenamientos y pragmáticas de los siglos XIV y XV, acomodándolos á forma y contexto más útil, y dándolos á la prensa, que se reconocía ya como el gran medio de aprovechamiento comun, y de seguridad y perpetuidad de las obras. El gran pensamiento legislativo que tanto había preocupado á la insigne Soberana doña Isabel no debía, pues, abandonarse, ó por su hija ó por el Rey de Aragon D. Fernando, tutor y regente en nombre de ésta: las nobles tradiciones jurídicas del reinado que tenía fin, perpetuábanse en medio de la confusion y del malestar que distinguieron á aquel periodo y aun á los primeros años del de D. Cárlos. Continuaban la unidad y la perfeccion de la justicia siendo uno de los primeros cuidados de los Reyes, sin que lo impidieran ni sus intereses contradictorios, ni los restos del poder feudal que bajaba ante ellos su cabeza. Nótese, en comprobacion de esto último, que no es sólo para los pueblos de realengo para los que da sus disposiciones esta ley: los de abadengo, órdenes y señoríos han de sujetarse igualmente á sus mandatos. Si los ricos-hombres no han perdido el privilegio de nombrar jueces, estos por lo ménos han de conocer la legislacion real, así como han de observarla, juzgando por lo que declara y preceptúa.

II.

6. Algunos comentadores, aceptando una opinion bastante comun en ciertos tiempos, han pretendido con motivo de esta ley que el ejercicio de la abogacía, hecho con inteligencia, es una preparacion excelente para el desempeño de los cargos de la judicatura. Son una gran cosa, segun los que piensan de este modo, la práctica y la experiencia; y ningunas (dicen) pueden ser mayores ni más ilustradas que las que se adquieren con el manejo de los negocios, sosteniendo los debates forenses, patro-

cinando y defendiendo las graves cuestiones que despues han de ofrecerse en casos análogos para juzgar.

7. Por más que encontremos plausible esta opinion á primera vista, meditando sobre ella no nos parece justa ni acertada. Diremos más: aparte de las razones con que ya se la ha combatido, tiene el escritor de este Comentario el sentimiento de su propia experiencia, que no le permite vacilacion ni duda.

8. Hemos ejercido algunos años la abogacía; hemos sido fiscal del tribunal supremo de la nacion; hemos tenido, por último, que fallar negocios, si no propiamente como magistrado del órden judicial, como individuo del Consejo de Estado, en esa altísima magistratura contencioso-administrativa. Podemos, pues, hablar con conocimiento íntimo, y dar testimonio de si sirve ó no sirve la profesion de abogado, como buena y recta preparacion para la profesion de juez.

9. Y decimos sinceramente que no. Ni por las habitudes que crea, ni por la manera de considerar los negocios que exige, por nada es buen antecedente el haber visto pleitos como defensor de una parte, para verlos despues como dispensador del derecho entre los dos que litigan. Ni complace esta ocupacion al que se acostumbró á la primera, ni está dispuesto á desempeñarla como demanda su naturaleza, como preceptúa la justicia. La abogacía puede ser una preparacion para el ministerio fiscal, que si no le es homogéneo le es análogo; mas no lo es para la magistratura, encargo de todo punto desemejante. La abogacía es de suyo parcial: la magistratura tiene como primera y fundamental regla el no serlo.

10. No decimos por esto que un hombre eminente no pueda pasar con utilidad pública de la una á la otra carrera: los hombres eminentes no sirven sólo para una cosa, y todas las experiencias sirven de bueno y útil caudal á su espíritu. Pero una cosa es esta excepcion, y otra cosa la idéa que como regla examinamos. El patrocinio, la defensa de los negocios no son mejor aprendizaje para la judicatura que lo sería á su vez la judicatura para igual defensa é igual patrocinio. Son cosas diversas; casi podríamos decir cosas contrarias. Verdad es que para la una y la otra se necesita el conocimiento del derecho; pero aquí acaba la relacion, todo lo demás es diferente. Con ese conocimiento es necesario que el juez sea recto, severo, imparcial, miéntras que el abogado debe ser hombre de ingenio y de pasion. En éste ha de dominar la viveza: en el primero debe brillar sobre todo la templanza y el buen sentido.

LEY TERCERA.

(L. 2.ª, TÍT. 18.°, LIB. X, NOV. REC.)

Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del Sr. Rey D. Alonso, que dispone quántos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano. Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento. Los quales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fé ni prueba en juicio ni fuera de él.

COMENTARIO.

I.

1. Ya encontramos plenamente en esta ley el carácter que hemos asignado á la generalidad de la coleccion: ya encontramos disidencias de derecho, dudas que era necesario resolver,

y que ella señala y resuelve. Los términos literales expresan que no es su precepto una disposicion fundamental, primitiva, sino que viene despues de otras, y precisamente á reformarlas ó á concertarlas.

2. No es nuestro ánimo el exponer originaria y completamente las materias sobre que recaen estas leyes de Toro, como lo hacían en otro tiempo con aplauso y utilidad algunos de sus comentadores. El derecho español está más estudiado en el dia: sus tratados elementales son conocidos de todo el mundo: una obra especial como la que nos hemos propuesto no debe salir de su esfera propia, para extenderse á cuanto tenga con ella roce ó relacion. Mas esto no impide ni el que estudiemos profundamente las leyes mismas para conocer bien todas sus disposiciones, ni tampoco el que tengamos que volver la vista hácia atrás, cuando las encontramos como la presente, para examinar ó recordar lo que había ántes de ellas, porque de otro modo ni alcanzaríamos su razon ni comprenderíamos su espíritu.

3. Así, como esta ley tercera trata de las solemnidades externas del testamento, parécenos necesario indagar lo que existía sobre tales solemnidades en la legislacion castellana á principios del décimo-sexto siglo.—Veremos primeramente qué era lo dispuesto por leyes de índole y procedencia española, el Fuero-Juzgo, el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá; y examinaremos despues lo que ordenaban las Partidas, de origen teórico y romano, como queda dicho con bastante repeticion.

4. El Fuero-Juzgo había consagrado á esta materia la ley 11.ª, tít. 5.º del libro II; en la cual se reconocen cuatro maneras válidas de hacer testamento. Es la primera, dice aquella ley, cuando se redacta por escrito, extendiéndolo y firmándolo su autor, y además de él los testigos que fueren presentes. Es la segunda, cuando le escribe el propio testador, pero no le autoriza él y los testigos, sino alguno entre todos ellos tan sólo. Es la tercera, cuando el otorgante no sabe escribir, y pide á alguno de aquellos que lo extienda y lo garantice con su firma. Y es la cuarta, por último, cuando no hay escritura alguna, sino que se hace meramente de palabra, á presencia de los que han de testimoniarlo. De todos estos modos, repetimos, admite y consagra la referida ley las últimas solemnes voluntades de los hombres: de todos ellos dice: «cada una destas quatro maneras de fazer manda, deve valer.»—Mas ¿cuál había de ser, segun ese derecho, el número de los testigos que deberían concurrir y estar presentes al acto de que tratamos? Ni una sola palabra,

ni una sola indicacion encontramos acerca de tal punto. Fatigárase inútilmente buscándolas la erudicion; y tendrá que concluir el buen sentido, contentándose para este hecho con lo que segun el propio código constituye prueba en todos los de cualquiera otra clase.

5. Si pasamos del Fuero-Juzgo al Fuero Real, hallamos sin duda algo parecido. «Todo home que fiziere su manda (dice la ley 1.ª, tít. 5.º del lib. III) fágalo por escripto de mano de los escribanos, ó de alguno de ellos que sean públicos, ó por otro escribano que ponga su sello conoscido, que sea de creer, ó por buenas testimonías: la manda que fuere fecha en qualquier destas quatro guisas vala por todo tiempo, si aquel que la fizo no la desfiziere.»—Texto oscuro como el anterior, y en el que, si bien encontramos ya al escribano que en aquel no habia, quédanos siempre por declarar el número de testigos que son indispensables, ora como solemnidad, ora como prueba del testamento.

6. El Ordenamiento de Alcalá hizo adelantar esta materia como tantas otras. Segun la ley única de su título 19.º, los testamentos que se redactasen ante escribano debian ser autorizados con tres testigos, vecinos del lugar donde se otorgaran; y los que lo fuesen sin aquel requisito tenian precision de contar cinco, igualmente vecinos del lugar, á no ser que fuera imposible haberlos, en cuyo caso bastaría con tres tan sólo (1).—Mas esta ley, que así fijaba lo que hasta entónces no se habia fijado por los fueros generales, dejaba, en verdad, sin decidir otro punto de notoria importancia. Esa solemnidad de testigos, ese número, ¿habían de ser la propia, el propio, para los testamentos nuncupativos ó públicos y para los cerrados? ¿Ó era que se desconocían estos, despues de haberlos indicado por lo ménos las leyes que citamos más arriba?

7. Entre tanto que procedia así la legislacion nacional, tradicional, puramente española, la teórica de D. Alfonso X consignaba un derecho mucho más completo en todo lo respectivo á últimas voluntades. El testamento, y cuantas doctrinas se refieren á él, eran tratados con gran extension, como que ocupaban, juntamente con las herencias, toda la sexta Partida. Aquí

---

(1) Una ley de Felipe II, que es la 1.ª, tít. 18.º, lib. X de la Novísima, haciéndose cargo de esta, permitió tambien que se otorgase testamento nuncupativo ante siete testigos, que no fuesen vecinos del lugar.—Pero tal extension es posterior á las leyes de Toro.

se ponían con perfecta claridad todas las diversas especies en que cabía dividirlo: aquí se señalaban, sin dejar lugar á duda, las solemnidades que en unos y en otros eran necesarias. El número, rogacion y calidades de los testigos, la unidad de contexto, la institucion de heredero, cuanto en sus últimos tiempos había conservado ó prescrito la legislacion romana, todo se encuentra aquí determinado con una minuciosidad diligente, como acostumbraba hacerlo el autor del referido código. Sólo, repetimos, que atendiéndose demasiado á las fórmulas ó á las sutilezas de aquel antiguo derecho, no se tenía presente que la historia y las tradiciones españolas rechazaban de todo punto ese espíritu estricto y formulario.

8. Mas en fin, sucedía, en este particular, que las leyes del Fuero y del Ordenamiento eran demasiado oscuras y demasiado incompletas en presencia de las leyes de Partida; y que por lo tanto, sin abandonar su espíritu podía tomarse algo de estas otras, para perfeccionar una materia tan interesante. Sucedía que, conocidas dos clases de testamentos, el nuncupativo y el cerrado, era natural dar á cada uno de ellos solemnidades que no fuesen las mismas. Sucedía, por último, que la ley del Ordenamiento, completa y explícita en algunas partes, como al declararse que no fuese necesaria la institucion de heredero para la validez de la última voluntad, dejaba que desear en otros puntos, cuando eran llegados nuestros mayores á una época tan ilustrada cual lo era la de fines del siglo XV.

9. Tal fué la razon de esta ley tercera de Toro. Encaminóse á perfeccionar la del Ordenamiento; y lo hizo muy racionalmente, tomando del sistema de las Partidas lo que era necesario para tal fin.

II.

10. Tenemos, pues, distinguidas en esta ley varias expresiones, varias fórmulas de última voluntad. Tenemos reconocidos en ella el testamento nuncupativo, ó abierto como vulgarmente se llama, el testamento cerrado ó *in scriptis*, el testamento del ciego, el codicilo. Tenemos señaladas, volvemos á decir por último, las solemnidades testificales que á cada especie corresponden.

11. El testamento nuncupativo, que entónces y ahora era y es entre nosotros el más comun, se otorga ordinariamente ante

un escribano público y tres testigos, vecinos del lugar. Tambien puede otorgarse ante cinco testigos vecinos, si no concurriese escribano. Y por último, no seria inválido aunque los tales testigos fueran sólo tres, cuando en el pueblo no pudiesen encontrarse más. Todo ello era explícito en la ley del Ordenamiento que citamos arriba, y que esta de Toro confirma plenamente para el caso que señalamos (1).

12. Pero esta hizo todavia más. El estudio del derecho romano habia, de seguro, suscitado la idéa de que los testamentos llamados *inter liberos*, aquellos en que la voluntad y disposicion paterna no salian de entre sus descendientes, necesitaban de ménos solemnidades que las exijidas para otros. No es eso irracional en el sistema de aquella legislacion: dado que el testamento es una ley especial que se sustituye á la comun, aceptable es que haya menester de más corto aparato cuando se conforma con ella que cuando la deroga y varia. Concíbese, pues, que el espíritu de imitacion importase tal regla en nuestra España, y que la ley 7.ª, tít. 1.º de la sexta Partida explícitamente la escribiese. Pues bien: la ley que examinamos descartó esa doctrina, condenó ese propósito, derogó esa concesion: la ley que examinamos igualó los testamentos familiares con todos los ordinarios testamentos. El padre como el que no lo era, el que instituia por herederos á sus hijos como el que instituia á personas extrañas de su linaje, todos debieron, si testaban nuncupativamente, declarar su voluntad ante el escribano y los tres testigos, ó ante los cinco testigos cuando el referido escribano no concurria.

13. Tan sencilla como queda visto es la solemnidad del testamento comun. El que expresa su voluntad la declara delante de aquellas personas: el escribano toma nota y la extiende: aquel la firma, si sabe y puede firmar: luégo se coloca el documento en los registros de la escribanía. Pero todos estos actos posteriores, si deben ejecutarse y de hecho siempre se ejecutan, no constituyen, sin embargo, la esencia del testamento propio: el testamento existe desde que se declara la voluntad ante las personas que ha señalado la ley. Aunque el otorgante fallezca en el momento mismo, sin estar aún recogidas en el papel sus palabras, toda vez que las ha pronunciado delante de quienes las debia pronunciar, el acto es válido y no puede ménos de surtir sus legítimos efectos. Extenderá despues el escribano lo que

(1) Véase nuestra nota al núm. 6 de este Comentario.

ántes no pudiera extender: firmará un testigo lo que no pudo firmar el testador; y cumpliráse la voluntad de éste, pues que fué expresada y conocida por los medios que tiene señalados el derecho para que se exprese y se conozca.

14. Dos testigos más se exijen para el testamento del ciego: exuberancia de solemnidad, aumento de prueba, que ha tenido por causa el triste estado de tales personas. Á medida que está el hombre más incapaz para defenderse á sí propio, más indispensable es que le circunde la ley de garantías, á fin de que no se le perjudique ni se le engañe.—Ese testamento, por lo demás, no es otra cosa que el nuncupativo comun: el ciego no puede otorgarlo cerrado. Impídeselo la naturaleza; y apénas era menester que la ley lo supusiera ó lo indicara.

15. Pero hemos visto tambien que se puede testar nuncupativamente sin que concurra al acto ningun escribano público. No es ese un medio que deba por lo comun aconsejarse; no es un recurso del que se haya de echar mano por mero capricho: puesto que los testamentos han de ser al cabo escrituras públicas, protocolizadas en los archivos ó escribanías, ninguna razon hay para que no se llame desde luego á un escribano que las otorgue y las recoja. El arbitrio, pues, de que vamos hablando no debe emplearse sino en casos de necesidad, siquiera no lo exija la ley como indispensable, absoluta condicion. Muchas cosas hay permitidas en el mundo y que no ejecutarán ni aconsejarán los hombres prudentes. Mas ese testamento, en fin, cuando ocurriere, cuando se presentare, no podrá ménos de ser válido. Si en el acto de otorgarse se redacta, despues se presentará á la autoridad judicial por quien tuviere interés en ello, y se hará depositar ó protocolizar en un archivo. Si no se hubiere escrito en el primer momento, habrá que pedir al juez que reciba informacion de los testigos presenciales; que declare en seguida tal testamento nuncupativo lo que resulte de sus uniformes declaraciones; y que lo mande asimismo protocolizar, para que surta los efectos oportunos. Todas estas son diligencias de práctica comun, no extrañas de verse, sobre todo en los tiempos de epidemias, y que no suscitan ninguna dificultad importante (1).

16. Llegamos al testamento cerrado, hecho por escrito, cuya forma ordenó con esmero esta ley: testamento que garantiza por

(1) Véase el tít. XI de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil.

esa propia forma el secreto de la voluntad, y que merece en su virtud la aprobacion de cuantos mediten sobre esta materia. En otros paises se ha dado una amplitud y una facilidad mayores á la idéa, reconociendo todo papel ológrafo como expresion auténtica de esa última voluntad; y nuestra propia jurisprudencia ha admitido, si bien excepcionalmente, tal pensamiento, ora autorizando las *memorias*, ora dando fuerza á los testamentos militares. Pero en regla general nuestro testamento escrito ha exijido más solemnidades que ninguno; y la ley que vamos examinando es la que se las ha dado de una manera terminante, poniendo fin á las incertidumbres que existían ó podían existir hasta aquel momento.

17. Ese testamento cerrado se otorga, presentando el que lo hace al escribano y á siete testigos un papel, en el que dice se contiene su voluntad; cerrándolo, si ya no lo estaba; y escribiendo en la cubierta el acta de aquella diligencia propia, que firman el otorgante y los siete testigos, y signa y firma el escribano. Si el testador no puede escribir, uno de los testigos ha de hacerlo por él: si cualquiera de estos tampoco sabe ó puede, otro de sus compañeros lo ha de verificar á su ruego y en su nombre. La ley quiere que sean ocho las firmas, además de la firma y el signo del escribano.—Verificado lo cual, el testador guarda ó deposita su obra, que está legalmente perfecta, todo lo que lo está un testamento ántes de que muera el que lo ha ordenado. Cuando él muriere, se abrirá y reconocerá su contexto interior, con las precauciones y prácticas que no son materia del presente exámen.

18. Aquí solo nos limitaremos á observar que no es necesario que el propio testador sea quien escriba su obra. La ley reconoce que éste puede hallarse impedido, al otorgarlo, de la facultad de escribir, y no encuentra por eso obstáculo á que se valga de un aceptable recurso, firmando en la cubierta por él uno de los concurrentes. Pues lo mismo decimos del papel que se cierra y guarda: tambien puede haber estado su autor impedido de escribirlo, cuando haya querido hacerlo, y valídose por consiguiente de otro que materialmente se lo escribiera. Siempre que él sepa escribir, siempre al ménos que sepa leer y haya podido leerlo, es bastante para la legalidad, porque lo ha sido para el perfecto conocimiento de la obra. Lo que no puede suponerse es que otorgue testamento de esta clase quien no supiere descifrar su contenido, ni asegurarse por sí propio de que lo que se ha escrito es su voluntad. Para el ciego, para el ignoran-

te de la escritura, no ha concedido la ley este medio de que aquí se trata. Ha debido mirar por ellos y defenderlos en sus debilidades, no permitiéndoles lo que, no siendo forzoso, no tendría en su caso ninguna plausible razon de ser.

19. Venimos á la última parte de la ley, en la cual se habla de los codicilos. Nuestros lectores saben en qué se diferenciaron estos primitivamente de los testamentos: saben tambien que en el dia no hay ninguna otra diferencia sino que se apellida con este segundo nombre (testamento) la disposicion que es universal, que se refiere y en que hay intencion respecto á la generalidad de los bienes, ora se instituya ó no se instituya heredero; miéntras que con aquel otro (codicilo) se da á entender una disposicion de especial índole, limitada á sólo cierta parte de los bienes que se dejan, y la cual se otorga de ordinario despues de la general, y como apéndice ó modificacion á la misma. Toda otra razon de diversidad, no sólo ha desaparecido en el dia de hoy, sino que había dejado de existir desde el orígen de nuestro derecho, y más aún desde que la ley de Alcalá declaró no ser necesaria la institucion de herencia para que valiesen todo género de últimas voluntades.

20. Pues bien: esta de Toro que examinamos concluye de todo punto con esas reminiscencias de escuela. Segun su texto, el codicilo requiere las propias solemnidades que el testamento nuncupativo, los mismos testigos, idéntico escribano ó suplemento de escribano. Toda la forma es igual: lo que para el uno no baste, no ha de bastar para el otro: las palabras de la ley son explícitas y no consienten duda. *Solemnidad* es aquí una voz genérica, que comprende el cúmulo de hechos y de accidentes exteriores, necesarios para la validez de la cosa de que se trata.

21. Pero cabe, á consecuencia de ello, una importante duda. El codicilo (dice la ley) ha de tener las propias solemnidades que el testamento *abierto*: ¿quiere esto decir que aun el codicilo *cerrado* no ha de tener otras, ó bien que no ha de poder hacerse codicilo *cerrado*?

22. En nuestro entender, ni lo uno ni lo otro. La ley habló del codicilo abierto, porque es el género más comun, y porque quizá á las últimas voluntades cerradas no se las llamaba entónces codicilos. Pero si cualquier persona quisiera otorgar uno de estos *in scriptis;* si desease dejar bajo esa forma un mero legado, ó verificar una leve modificacion en lo que por su anterior testamento tenía dispuesto, juzgamos que no obraría válidamente no haciendo firmar y signar la cubierta de tal disposi-

cion cerrada por siete testigos y el escribano público, que hubiesen asistido al acto de declararla tal. Téngase presente que verdadera diferencia, diferencia sustancial, entre testamento y codicilo, no hay en el dia ninguna; y no se dudará que las garantías y solemnidades con que ha querido revestir la ley el otorgamiento de una última voluntad secreta, alcanzan á todas las de este género, nómbreselas como las nombren la rutina ó la tradicion.

III.

23. Parécenos natural, cuando examinamos esta ley, que es la que ha fijado la forma externa de los testamentos, declarando el número necesario de testigos que á ellos han de concurrir; parécenos, decimos, natural investigar en este Comentario lo que puede preguntarse acerca de tales testigos: de qué sexo, de qué vecindad, de qué condiciones deben ser; si necesariamente han de conocer al testador; si han de ser rogados para que vengan á oirle, ó si basta que por acaso estén presentes y le oigan. Hay en estos particulares cuestiones y sentencias diferentes, más ó ménos autorizadas, más ó ménos defendidas; y no creeríamos cumplir nuestro propósito si no emitiésemos y no razonásemos sobre ellas nuestra opinion.

24. Primer punto que ocurre en esta materia. ¿Se necesita para la validez del testamento, es condicion de forma, que sean varones los testigos que han de concurrir á él y autorizarlo?

25. El derecho romano lo habia establecido de un modo terminante; y la ley 3.ª, tít. 1.º de la sexta Partida, lo consigna de la propia suerte. Pero esta determinacion es tomada de aquel origen; y el motivo que en Roma la habia inspirado no es un misterio para ninguno que conozca sus antigüedades. El testamento fué allí primitivamente una ley, que se ordenaba en los comicios como cualquier otra, y á cuya formacion solo los ciudadanos podian concurrir. Cuando despues se convirtió en un acto privado, quedáronle reminiscencias de su naturaleza pública. Siempre se le supuso conservar este carácter; y siempre, por eso, se prohibió que lo autorizaran los que no habrian podido asistir á las asambléas del pueblo ni desempeñar los cargos civiles.

26. Mas si esta es indudablemente la procedencia de la ley

de Partida, ¿es tambien, por ventura, la disposicion del antiguo, tradicional, histórico derecho de las Españas, ó mejor dicho de Castilla? ¿Se funda en alguna ley del Fuero-Juzgo, del Fuero Real, del Ordenamiento ó de las Recopilaciones?

27. La verdad es que en ninguno de estos códigos encontramos indicios ni gérmenes de doctrina semejante. La palabra *testimonias* que los más antiguos empléan, la palabra *testigos* con que aquella se ha sustituido despues, lo mismo comprenden á las hembras que á los varones, no indicando por sí solas esa exclusion que en las Partidas hallamos. Y si se tiene en cuenta que nuestro derecho no es formulario y de rigor estricto, sino amplio y de buena fé, y que al pedirse testigos como solemnidad de cualquier documento no puede ser en buena razon sino como medio de asegurar más firme y superabundantemente lo que él contiene y en él se declara, deberá convenirse (creemos) en que partiendo de esa legislacion y de su espíritu no puede darse ninguna razon sólida para excluir á las mujeres como tales testigos de las últimas voluntades, toda vez que estas no son ya unas excepcionales leyes, recuerdo de los primitivos comicios, sino meros actos privados de la vida comun, que autorizan las más conocidas y vulgares disposiciones de toda regla social.

28. Á nuestro juicio, pues, y siguiendo la doctrina que hemos sustentado en el Comentario de la ley primera, un testamento otorgado ante testigos mujeres no tendrá por eso ningun defecto, ninguna tacha.—Confesamos, sin embargo, que no es este el sentir comun de los autores ni la práctica de los escribanos; y sometiendo nuestra razon á la razon del mayor número, aconsejaremos siempre que se busquen varones para concurrir á los actos de que tratamos. Mejor es evitar las dificultades que afrontarlas, aun con la conviccion de la buena justicia.

29. Lo que no podemos comprender es cómo, despues de haber dicho algunos comentadores ilustrados que las mujeres no podian ser testigos en los testamentos, han opinado y sostenido con todo que podrian serlo en los codicilos. Parécenos inexplicable tal contradiccion, teniendo á la vista el texto de la presente ley. Sus palabras son: «Y en los codicilos intervenga *la misma solemnidad* que se requiere en el testamento nuncupativo.» Si pues la condicion *viril* de los testigos, que esos autores demandan para este, es una solemnidad—(y claro está que ellos así lo han estimado, cuando necesariamente lo exijian),—¿cómo prescinden luego y en el codicilo de tal idéa, sin tener en cuen-

ta que la ley impone de precision á éste el que sea revestido de las mismas, idénticas solemnidades?

30. La verdad es que en ese, como en tantos otros puntos, las tradiciones del derecho romano han influido más de lo que fuera razon en el ánimo de nuestros tratadistas. Quizá son ellas, tanto como el propio texto de las Partidas de D. Alfonso, las que les han hecho exijir la cualidad de varon en los testigos de los testamentos; y de seguro son ellas tambien las que los han llevado á prescindir en los codicilos de esa misma cualidad. Por nuestra parte no la pediríamos, pues que no la demanda la legislacion verdaderamente española, ni en los unos ni en los otros; pero si impelidos de una natural modestia, y respetando la opinion comun, nos sometemos á lo que esta quiere en los testamentos, en tal caso, repugna á todo principio de razon que no pidamos lo igual para los codicilos, puesto que hallamos en nuestra ley de Toro un precepto de igualdad tan claro y terminante. Una sola es la regla, uno es el derecho para los documentos de entrambos nombres.

31. Despues de haber hablado del sexo de los testigos, parécenos que debemos hablar de su vecindad. Las leyes, por lo ménos algunas leyes, han hecho expresion de ella, y no nos es permitido á nadie ni el olvidar ni el separarnos de sus preceptos; mas cabe dudar en qué sentido se concibieron las que no mencionan tal circunstancia, y cabe entender asimismo de distintos modos y con mayor ó menor amplitud esa calificacion ó exijencia de vecindad en las que la mencionan.

32. La ley del Ordenamiento previene de un modo explícito que los testigos sean vecinos del lugar en donde el testamento se otorga, y no supone caso alguno en que pueda prescindirse de tal condicion. Y como esta de Toro se refiere á la del Ordenamiento, y como lo que hace es confirmarla para el testamento nuncupativo, y exijir mayores condiciones para el cerrado, no creemos nosotros que autorice á prescindir de la vecindad, á pesar de que no la menciona en sus palabras textuales. No habla de ella, porque no era necesario que hablase, partiendo de la del Ordenamiento y completándola. Habria debido ser explícita, y creemos que lo hubiera sido en este punto, si se hubiese propuesto alterar sus doctrinas, y sustituir su sistema con otras doctrinas y otro sistema.

33. La única ley que dispensa á los testigos de la condicion de vecindad, es la de Felipe II, posterior á estas de Toro, inserta en la Novísima, donde ya hemos dicho que es la 1.ª, tít. 18.º,

lib. X. Mas téngase en cuenta que no habla sino del testamento nuncupativo; y obsérvese tambien que al eximir de esa cualidad de que tratamos, compensa su exencion aumentando el número de los testigos indispensables. Esto es racional, esto es lógico, dado que la dispensa pudiera concederse. De testigos vecinos bastaban cinco,—en algunos casos tres: de testigos no vecinos siete son necesarios. Claro, evidente es que si se hubiese querido extender la concesion á los testamentos cerrados, hubiérase tambien hecho en ellos un aumento de igual naturaleza. El principio de esta ley era el de compensar y suplir la cualidad con la cantidad.

34. Vengamos ahora á otra duda, y completemos esta materia, examinando qué es lo que se entiende por *vecino* para poder ser testigo de un testamento; porque sabido es que la palabra *vecindad* se toma en diversas acepciones, y tiene de consiguiente el peligro de ser insegura como anfibológica.

35. Ninguna ley, ninguna autoridad irrecusable han decidido este punto, y los escritores de derecho no se hallan de acuerdo sobre él. Parécenos, sin embargo, que toda persona reputada de buena fé tal vecino en el lugar de que se trate; que toda la que evidentemente no es transeunte, que permanece en él sin el ánimo de trasladarse á otro, y que no tiene en otro una verdadera, reconocida vecindad, es apto para lo que demandan estas leyes, y puede autorizar con su presencia las disposiciones testamentarias de los que en ese sentido lato son sus convecinos. Un empleado, por ejemplo, que reside en cierta ciudad porque tiene su destino en ella, un cursante de derecho que hace en la misma sus estudios, y que piensa permanecer años, no vemos por qué razon no deban ser estimados vecinos para el objeto y materia que nos ocupa. ¿Cuál ha sido, preguntaremos, la razon legítima de exijir aquí la vecindad? ¿No es, por ventura, el que tengan los testigos un probable conocimiento del testador y del escribano, y el que dificulten por esa misma circunstancia lo que siempre es bueno de dificultar siendo posible, todo género de ilegalidades, de falsificaciones, de fraudes? Pues bien: á nosotros nos parece, repetimos, que ese estudiante, que ese empleado que citábamos, pueden llenar estos objetos tan bien como cualesquiera otros. Siempre que se hallen en la vecindad real de la poblacion, siempre que no se encuentren en ella por accidente, siempre que no sean transeuntes, entendemos que el fin está cumplido, y que no puede pedir más la práctica, porque no debió pedir más la ley.

36. Las otras condiciones que hayan de tener los testigos de un testamento son por lo general fáciles de comprender, y no dan lugar á dudas. Han de ser púberos; porque los niños no se estima que posean ni el suficiente conocimiento para apreciar tales actos, ni la competente dignidad para autorizarlos de un modo solemne. Han de ser libres; porque la ley quiere en ellos *personas*, y no puede aceptar como coadyuvantes á solemnizarlos á los desgraciados seres que apénas reconoce por hombres. No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrían materialmente comprender, y á los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes. No han de haber sido condenados por libelistas,—delito que indica vileza de ánimo; ni han de haber abandonado la religion cristiana,—hecho que siempre ha puesto al que lo comete fuera de la sociedad. Por último, no han de ser ascendientes ni descendientes del que testa, como ni tampoco se ha de contar entre ellos el heredero que es instituido, ni sus parientes hasta el cuarto grado: aparece en tales casos demasiado notorio el interés, para que no surta este necesario efecto, imposibilitando á los que no pueden ménos de hallarse sometidos á su influjo (1).

37. ¿Podrán serlo los legatarios? La ley 11, tít. 1.º de la Partida VI, se expresa de tal suerte que parece autorizar esta suposicion. Fundados en ella, la han admitido sin dificultad los expositores, viniendo despues á consagrarla la práctica. Para nosotros, sin embargo, el caso es dudoso, lo mismo en ley que en razon, por lo ménos para los testamentos nuncupativos. Encontramos oscuro el texto; y nos permitimos vacilar ante su letra, porque no aplicamos bien su mandato al otorgamiento de una última voluntad. La referida ley principia hablando de los casos en que hay contienda entre el heredero instituido y los parientes del difunto; y sigue despues refiriéndose al en que la hay entre el heredero y los legatarios (2). O no recae, pues, sobre la cuestion genérica que hemos propuesto, ó no es clara su dispo-

---

(1) Leyes 9.ª, 10.ª y 11.ª, tít. 1.º, P. VI.

(2) Hé aquí el texto de la citada ley:—«Contienda nasciendo sobre el testamento, entre el heredero que era escrito en él, é los parientes del finado que quisiesen desatar el testamento: estonce dezimos que bien pueden testiguar aquellos á quien fuesse algo mandado en el si se acertaron y quando fué fecho. Esso mismo seria si alguno destos á quien el finado dexasse algo en el testamento oviesse contienda con los he-

sicion, no es evidente su sentido, como lo son por lo comun en aquel código. Y si añadimos á esto lo que inspira abiertamente la razon, bien fáciles son de comprender los poderosos motivos de nuestra duda. Hemos dicho y dicen todos que el heredero no puede ser testigo de la institucion. ¿Por qué? Por su interés seguramente, si no de un modo exclusivo, en una buena parte. Pues en este caso, idéntica razon debe tambien impedirlo al que reciba mandas; el heredero puede adquirir ciento, y el legatario puede adquirir mil.—Por eso quisiéramos que se huyese de lo que no es razonable, tratándose de testamentos nuncupativos, en los que se conoce desde luego su tenor: el escribano, oficial público encargado de recibirlos y extenderlos, debe hacer en este particular las necesarias prevenciones. Por lo que toca á los cerrados, reconocemos que la situacion es muy diferente: á excepcion del testador, todos ignoran lo que incluye su contexto; y no vemos por lo mismo razon alguna para una severidad que no resultaría de ningun modo justificada.

38. Todavía hay otra circunstancia que exijen las leyes respecto á los testigos de las últimas voluntades: la de que no sean fortuitos, la de que no estén presentes por mera casualidad, la de que hayan acudido á oirlas sabiendo á lo que acudian. Esto es lo que quiere decir que sean *rogados.* Para las pruebas de otros hechos, semejante condicion no es de ningun modo necesaria: el que ve y entiende puede deponer, y su dicho surte todos los efectos legales, cuando hay el convencimiento de que vió y entendió. Pero tratándose de las últimas voluntades, materia tan grave de suyo, la ley ha sido más exijente ó más escrupulosa. En los principios, cuando tenía fuerza el derecho romano, existia aún otra razon que conocen cuantos se han dedicado medianamente á él: los testamentos (ya lo hemos dicho) eran primero leyes y despues pro-leyes; los testigos representaban al pueblo en los comicios del Foro; el pueblo era rogado, convocado, y los testigos debieron serlo igualmente, en conme-

rederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en él. Ca estonce podrían testiguar los otros que fuessen y escritos sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa á ellos. Mas el que fuesse establecido por heredero, ó su padre, ó los que descendiessen dél, ó sus hermanos, ó los otros parientes cercanos fasta el quarto grado, non pueden ser testigos sobre la contienda que oviesse el heredero con los parientes del finado, ó con los otros omes, en razon del testamento en que fuesse escrito por heredero.»

moracion de aquel origen. De aquí pudo venir y vino de seguro la adopcion de esa circunstancia en las leyes de Partida, que tantas veces copiaron á las de Roma. Mas aun aparte de ellas y de tal fundamento, en las propias españolas ó castellanas, que no podian tenerlo en cuenta, se exije una y otra vez la misma condicion. Indícalo de un modo bien claro el Fuero-Juzgo (1); y el Real la dice y prefija más terminantemente, disponiendo que «cuando alguno quisiere fazer su manda, las testimonias que quisiere que sean en ellas fágalas rogar ó las ruegue: ca si non fueren rogadas ó combidadas, non deven ser pesquisadas de la manda» (2).

39. Despues de unas palabras tan explícitas, ni concebimos la duda, ni mucho ménos la opinion de los que han juzgado superflua la rogacion de los testigos. No es ya necesaria, ciertamente, por los motivos ni con el fin que la determinaron en Roma; pero lo es porque la disponen nuestras leyes, y por las causas que han tenido presentes nuestras leyes. Los testigos han de ser rogados, invitados, llamados *ad hoc*, para dar solemnidad á un acto tan serio como el testamento, y para que no quepa duda en que se enteran de él: esta es la razon de la ley. Las de los jurisconsultos deben ser no sólo esa propia, sino tambien que aquella lo manda, y nadie puede eximirse de cumplirla.

40. Lo cual no quiere de ningun modo decir que si en el contexto de un testamento no se expresase la rogacion de los testigos, haya por eso de creerse que no la hubo, invalidándose en su consecuencia tal acto. Entendemos que la rogacion se presume cuando se ve reunidos al testador, á los testigos y al escribano que lo va á autorizar, y cuando éste da fé de que los segundos concurrieron á la solemnidad de la diligencia. Y lo entendemos así, porque es lo natural, lo comun, el que suceda de esa suerte: en el hecho de verlos reunidos, está la idéa de que hayan sido llamados. Quien alegare una cosa contraria tendrá la obligacion de probar su dicho, por lo propio que se separa de lo presumible y de lo usual.

41. Llegamos ya á la última de las preguntas que indicamos ántes acerca de los testigos de un testamento: la de si es necesario que conozcan personalmente al testador. Pregunta á la

(1) Leyes del tít. 5.°, lib. II.

(2) L. 9.ª, tít. 5.°, lib. III.

cual no han respondido las leyes, al ménos de un modo directo y claro, y á que tampoco responden con igualdad la práctica de nuestro foro y las opiniones de nuestros juristas.

42. Respecto al conocimiento personal de los testadores, pueden ocurrir diversas hipótesis. Primera, que lo tengan el escribano y todos los testigos. Segunda, que lo tengan el escribano y algunos testigos. Tercera, que lo tenga el escribano solo. Cuarta, que no teniéndolo el escribano, sean sólo los testigos ó algunos de ellos los que lo posean. Quinta, en fin, que el testador no sea conocido de nadie, ó lo sea de un testigo únicamente, lo cual es idéntico en la esfera legal.—Ahora bien: si todos estos casos son posibles, ¿qué es lo que hemos de juzgar, qué es lo que hemos de decir de todos estos casos?

43. Comenzamos por repetir que ninguna ley ha prevenido esa necesidad del conocimiento del testador. Las leyes han dicho: para que haya testamento se necesita un número tal de testigos con escribano, ó de testigos sin escribano. Y han dicho todavía más que esto: han prohibido que sean testigos los que se encuentren en determinadas circunstancias, que especifican con la claridad conveniente. Y sin embargo, ninguna de esas circunstancias es la de que hayan de conocer al que testa, sabiendo de ciencia propia su identidad y su nombre: entre tantas condiciones como piden las Partidas, unas de buen sentido y de razon, otras tambien de reminiscencias romanas puramente formularias, buscaríase en vano un precepto, que, de haber querido establecerse, no habría escapado de seguro á la perspicuidad de D. Alfonso ó de los doctores que empleaba D. Alfonso.

44. Añadamos á esto que las propias leyes reconocen el testamento del peregrino, y aun le eximen de solemnidades, como veremos despues. ¿Es de presumir que creyesen que el peregrino hallaría con facilidad dos testigos que personalmente le conocieran? ¿Es de presumir que cuando se facilitaba á aquél hasta tal punto el derecho de testar, hubieran de ponerse trabas á cualesquiera otros testadores, exijiendo que escribano y testigos, todos, los hubiesen de conocer?

45. No es una voluntariedad, una suspicacia nuestra el hallar en esa condicion el gérmen de dificultades para ejercer un derecho tan precioso y tan necesario. Si no lo sería en la mayor parte de las hipótesis, lo sería de cierto en algunas, y esto basta. Llega á Barcelona un vecino de Badajoz, llega á Madrid un hacendado de América, que vienen por primera vez: ¿quién los conoce? Tal vez una sola persona, tal vez nadie, hasta que ha-

yan presentado sus pasaportes y sus cartas, é introducídose en esa para ellos nueva sociedad. Si caen enfermos en el momento mismo, ¿cómo testan? ¿A qué testigos, á qué escribano llaman, que los conozcan é identifiquen? ¿Se responderá bárbaramente que no testen? ¿Se les estimará de peor condicion que al romero?

46. No creemos que lo autoricen ni la ley ni la razon. El escribano que se negase á recoger la última voluntad de tales personas, los testigos que rehusaran escucharla ó presenciar su otorgamiento, faltarían á todos sus deberes de oficial público, de ciudadanos y de cristianos.

47. «Pero entónces—(se nos dirá)—si no es necesario que el escribano y los testigos reconozcan la identidad personal del testador, abrís la puerta á un sin número de fraudes, y autorizais las suposiciones más escandalosas. Cualquiera podrá tomar un nombre que no es el suyo, y disponer con él de bienes que realmente son de otro. ¿Qué garantía nos ofreceis ante ese peligro de criminales usurpaciones de personalidad, cuyas consecuencias son tan obvias como temibles? Por evitar el de que alguno muera intestado, ¿no teneis en cuenta que caeis en otro mayor, cual lo es el de los testamentos falsos, ó por mejor decir, el de los testamentos supuestos?»

48. Claro debe ser que habremos visto esa dificultad, y que no nos parecerá invencible, cuando á pesar de ella hemos emitido la precedente opinion. Diremos por qué, con la propia lisura con que la hemos emitido.

49. En toda expresion de últimas voluntades pueden verse, creemos, dos cosas distintas, y concebirse dos diferentes cuestiones. Primera: ¿ha habido esa expresion de última voluntad? ¿ha habido testamento? ¿ha habido codicilo?—Segunda: ese codicilo, ese testamento, esa última voluntad, ¿quién lo ha hecho? ¿quién lo ha otorgado?—Nuestros lectores ven que la una y la otra son preguntas diversas: que las respuestas no pueden ménos de ser tambien diferentes; y que cabe que haya habido una perfecta última disposicion,—perfecta, decimos, en sus formas,—sin que el testador fuese reconocido por quien decia, y hasta sin ser conocido de nadie. Para no citar otro hecho, limitémonos al caso de un soldado herido, que escribe su voluntad delante de mil personas, ninguna de las cuales sabía quién era, cómo se llamaba. ¿No es evidente que había habido allí un testamento? ¿No es cierto que era desconocido su autor, que eran ignoradas sus condiciones, ignorado su nombre?

50. Pues bien: si la existencia de un testamento y la identi-

dad del que lo otorga son cosas diversas, ningun inconveniente vemos, ningun peligro descubrimos en la doctrina que vamos sustentando. El testamento existe cuando un hombre declara su última voluntad, ó hablándola, ó mostrándola escrita, ante un escribano y los testigos que ordena la ley. Que conozcan ó no conozcan á su autor, que puedan ó no puedan deponer sobre si es cierto el nombre que se atribuye, para el hecho de existir el testamento son circunstancias accidentales. Una persona, que dijo llamarse de tal modo, testó de tal suerte: la forma en que expresó su voluntad llena todas las solemnidades legales, y no puede ménos de ser colocada en la categoría á que esas voluntades corresponden.

51. ¿Era él empero quien dijo, quien aseguró? Eso, repetimos, es una cuestion diferente. Su personalidad no es el testamento: su personalidad no ha de acreditarse por las formas de este, sino por los medios legales por donde se resuelven las dudas jurídicas. No es para comprobarla á ella, sino para solemnizar y justificar otras cosas, para lo que se requieren los tres, los cinco, los siete testigos, á más del escribano.

52. De manera, que si todos ellos le conocían, no hay ningun mal; pero si no le conocían, no por eso dejará de ser válida su disposicion. La personalidad podrá acreditarse por el conocimiento del escribano, aunque sea solo, que hace fé, y no habiéndole, por el de dos testigos que tambien la hacen. Aún sería posible suplirlo por pruebas subsidiarias: por los papeles del mismo testador, si muriendo inmediatamente los dejase; por inspeccion que en este caso hiciesen de su persona quienes hubieran llegado tarde para ser testigos de su voluntad. Téngase presente que todos los medios de prueba pueden servir, cuando es de prueba sola y no de solemnidad de lo que se trata; y que las solemnidades, esto es, las pruebas especiales del testamento no tienen otro fin ni otro propósito que el de asegurar la realidad, la verdad, la sinceridad de su ejecucion. Refiérense sin duda á la forma, y dejan en el derecho comun á la persona.

53. Así, en las diversas hipótesis que señalábamos ántes, sólo sería la última la que pudiera ofrecernos dificultad; cuando ni escribano ni testigos, ó sólo uno de estos, conociesen al testador. Y aun en ella será siempre nuestro juicio que debe y puede otorgarse testamento, dejando á mil pruebas ó complementos de prueba que siempre y de mil modos son posibles, el justificar ó desmentir el nombre y cualidades que el propio testador hubiere tomado. Cumplirá el escribano expresando la verdad,

refiriendo cómo pretendió llamarse el que le había invitado para tal diligencia, y testimoniando, por último, cualesquiera documentos en los que apoyara su nombre. Los tribunales juzgarán despues, si fuere forzoso; declarando, no si ha habido ó no ha habido testamento, sino si lo fué ó no lo fué de tal persona, de aquella cuyo nombre se había tomado.

IV.

54. Además del testamento escrito y del testamento nuncupativo, que han de otorgarse como previene esta ley, ó bien como ordena la de Felipe II,—1.ª, tít. 18.º, lib. X, de la Novísima Recopilacion,—se conocen entre nosotros el testamento de fuero militar, el del romero ó peregrino, el hecho por comisario, y el que se completa por medio de una memoria. Del tercero de ellos se hablará en su lugar oportuno, pues que lo ordenaron y regularon definitivamente otras leyes de Toro: sobre el primero, el segundo y el cuarto, nos parece natural el decir aquí algunas palabras.

55. La idéa de un testamento privilegiado, esto es, del derecho de hacerle sin consultar las solemnidades comunes, es muy antigua y muy arraigada entre nosotros. Ya la habían concebido los Romanos, á pesar de su obsequioso rendimiento á las fórmulas: ó tomada de ellos, ó inspirada por la necesidad, acogiéronla tambien nuestros mayores, y la consagraron en algunas de las más antiguas, de las primitivas entre sus leyes. —«Aquél que muere en romería ó en hueste, si oviere omnes libres consigo, escriba su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escrivir, ó non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fé, é que non fuessen ánte fallados en pecado. E lo que dixeren estos siervos por su juramento, fágalo el obispo ó el juez escrivir despues, é sea confirmado por ellos é por el Rey» (1).—Donde se ve que la servidumbre, embarazo constante para ser testigo en materias testamentarias, no lo era ya tratándose del guerrero que moría en la hueste, en defensa del estado, ó del peregrino que moría en su santo propósito, al visitar los lugares que celebra y enaltece la religion.

(1) L. 12.ª, tit. 5.º, lib. II del Fuero-Juzgo.

56. Nada semejante á esta ley encontramos en el Fuero Real ni en el Fuero Viejo: lo cual no es extraño, si se atiende á las escasas, vagas solemnidades requeridas para la testamentifaccion por aquellos códigos. Pero llegan las Partidas, que dan á esta una forma esmerada, doctrinal, y vuelve á aparecer el privilegio de los militares y de los romeros, consignado en los términos más explícitos. La ley 4.ª, tít. 1.º de la Partida VI, si bien principia por distinguir los casos en que el testamento se otorgue en la morada ó en la hueste, pidiendo en aquel más formalidades que en este otro, concluye por autorizar el que se verifica en medio del combate (en *fazienda*), ó por sus resultas y con peligro de muerte, para cuya validez no exije absolutamente nada, sino que conste sólo la voluntad del testador. Hablado ante cualesquiera personas, escrito de cualquiera suerte, aunque sea con la propia sangre, siempre que se averigüe aquella voluntad por dos testigos contestes en comprobarla, habrá de llevarse rigorosamente á efecto, como si se la hubiese otorgado con las solemnidades más exquisitas y minuciosas de la ley comun.

57. Otro tanto sucede, otro tanto se dispone en el mismo código, respecto á las últimas voluntades de los peregrinos. Es imposible favorecerlas más, facilitarlas más, eximirlas más de todo lo que excede del carácter de la prueba precisa, para tomar el de lo especial, el de lo solemne, el de lo testamentario (1).

58. Y estos preceptos de las Partidas, conformes en su espíritu con el del Fuero-Juzgo, han permanecido siempre entre nosotros vivos y constantes; y léjos de restringirse, han ido, por el contrario, tomando mayor latitud, á medida que avanzaban los tiempos. Hablamos del respectivo á la clase militar. Las ordenanzas del ejército le consignaron entre sus disposiciones, y despues de ellas promulgóse la cédula de 24 de Octubre de 1778,—L. 8.ª, tít. 18.º, lib. X de la Nov. Recop.,—que ha acabado de extender y poner el sello á un privilegio tan importante. Segun sus palabras, no solo los militares efectivos, en cualquier situacion en que se encuentren, sino aun todos los que disfrutan el fuero de guerra, pueden otorgar por sí solos, en papel simple, firmado de su mano, ó de otro modo que les convenga ú ocurra, toda clase de testamentos ó últimas voluntades; dando á esa forma no solemne, sea la que sea, el propio

(1) L. 30.ª, tít. 1.º, P.VI.

valor que tendria si se arreglase á las prescripciones comunes del derecho, y empleara la asistencia del escribano y los testigos que demanda esta ley de Toro.

59. Tal es lo preceptuado, lo vigente en la actualidad. No sólo en campaña, no sólo en peligro de muerte, y no sólo los que combaten y cabe que estén en él, sino todos los que gozan fuero militar, en cualesquier circunstancias en que se hallen, pueden disponer sin solemnidad alguna de los bienes que hayan de dejar por su fallecimiento. Lo único necesario es que su voluntad aparezca y conste; no por formalidades, sino por una mera prueba, y aun prueba privilegiada. El hecho de encontrarse el papel-testamento en los escritorios y entre los demás del difunto, la identidad de su escritura con otras letras indubitadas del mismo, cualquier medio, en fin, de los muchos que pueden presentarse en la práctica, son suficientes para dar fuerza á tales declaraciones.

60. Esto, repetimos, es lo mandado y lo practicado. Ahora, sin necesidad apénas de que lo digamos nosotros, se comprenderá bien que no merece nuestra aprobacion tal amplitud de la ley. Si el testamento es un hecho vulgar, semejante á cualesquiera otros de la vida, entónces no debe haber para él ninguna clase de solemnidades especiales: la prueba comun en todos sus géneros, bastará para justificarlo, como justifica los demás actos de los hombres. Y en ese caso, suprímase la ley del Ordenamiento, bórrese esta de Toro, olvídese la de Felipe II, no se tengan en cuenta las de Partida, acéptese el testamento ológrafo para toda clase de personas, y admítase, en fin, la deposicion de dos testigos contestes. Pero si no es así, si se estima y cree que el testamento es algo más, y que le conviene por su naturaleza estar rodeado de formas particulares, entónces séase consecuente con tal principio, y no se dispense de aquellas sino en casos muy caracterizados, y en los que evidentemente no se puedan llenar esas formas. Las prescripciones que se dictan por utilidad pública, no deben ser jamás suspendidas ni excusadas por mero privilegio. ¿Por qué, en el dia de hoy, ha de eximirse al peregrino de testar como todo el mundo, cuando como todo el mundo puede encontrar un escribano y tres testigos que le oigan? ¿Por qué ha de tener la exencion de que hemos hablado el oficial que está en su casa ó en guarnicion: el que, gozando por gracia de fuero militar, ni ha visto nunca, ni verá jamás el fuego de un combate? Concebimos y aprobamos la diferencia, cuando se concede á los que están empeñados

en la lid, en medio de sus peligros, de sus azares, de sus angustias. Aquí hay razon para conceder algo, para dispensar algo: aquí no es una mera gracia á las personas, es un homenaje que se rinde á lo imposible. Pero todo lo que sea salirse de ese terreno, no merece otro juicio, á los ojos de la filosofía, que el de una caprichosa distincion, para adular á una clase prepotente. Lo respetaremos porque está mandado; pero jamás lo aprobaremos, jamás obtendrá nuestra alabanza.

61. Por lo demás, si admitiendo la disyuntiva que indicábamos poco hace, se nos preguntara nuestra opinion sobre aceptar ó no aceptar, en todos los casos y para todas las personas, el testamento ológrafo, exento de solemnidades; responderíamos sin vacilacion ni duda, declarándonos sus contrarios, y prefiriéndole el sistema comun de las leyes castellanas. Y no de seguro porque nos fijemos y demos importancia al orígen de las últimas voluntades, como lo hacía el derecho romano; sino porque creemos de tal gravedad su expresion y consignacion, porque vemos cifrados en ellas tales intereses, porque tememos tánto los fraudes á que todo otro sistema puede dar lugar, que bien creemos deben estar adornadas de solemnidades especiales que las defiendan y garanticen. Así como cierta clase de contratos no se deben realizar verbalmente sino por escrituras, así tambien los testamentos habrían siempre de revestirse, en nuestro juicio, con dignas, nobles, bien pensadas fórmulas. Es aquel acto álgo que debe meditarse mucho, y que debe otorgarse con solemnidad, por sí propio; es álgo sobre que ha de poner su mano la ley, para sancionarlo y protegerlo, por virtud y en obsequio de la causa pública. Y por otra parte, ¿por qué ó para qué tenemos necesidad, verdadera necesidad del testamento ológrafo? ¿No existe, por ventura, el cerrado, que es tan secreto, más secreto que aquel, y que está exento de su ligereza y de sus peligros? ¿No se ha admitido tambien por nuestra práctica, y quizá con una extension y una amplitud algo imprudentes, el hecho de las memorias que completan los mismos testamentos? ¿Á qué objeto, pues, satisfaríamos con esa nueva admision, que no aumentara la incertidumbre, los fraudes, los litigios, que ya tenemos en la actualidad, por la laxitud propia del derecho que nos rige?

62. No; no es una mayor facilidad lo que se necesita entre nosotros. Nuestra ley comun da la bastante. Lo que necesitamos es, por el contrario, limitar los privilegios, volver en todo al espíritu de esa ley, y observarla con sinceridad. Si otros pue-

blos tienen el testamento ológrafo en medio de sus adelantos, no creamos que es un adelanto él mismo. Por lo ménos, no lo seria en España y con las costumbres de España.

63. Fáltanos hablar únicamente, en el cuadro especial que aquí nos hemos trazado, del testamento á que completa una memoria, ó, con mayor exactitud, de las memorias que completan los testamentos.

64. Principiaremos declarando que no conocemos ley alguna que las autorice; y añadiremos con todo, y en el mismo instante, que son, á pesar de ello, un hecho muy comun en nuestra práctica, y que tribunales y tratadistas las admiten como cosa segura y usual. Siempre que se indiquen como ciertas, como existentes, en un testamento ó en un poder para otorgar testamento, esa jurisprudencia constante quiere que se las tenga por parte del mismo, y que se guarden y cumplan las disposiciones que contuvieren. Únicamente (dicen) no se podrá hacer en ellas institucion de heredero; mas por lo que hace á legados, á mejoras, á fundaciones, á nombramientos de tutores, á confesiones de deudas, á todo aquello, en fin, que no sea tal institucion, el acuerdo es unánime para admitirlo.

65. Ante semejante uniformidad no queremos hacer otra cosa que bajar nuestra frente, y someter nuestra conviccion. Pero deseáramos,—y muy sinceramente lo decimos,—que hubiese una ley que ordenara y regulara esta doctrina, despues de haber meditado su conveniencia, su alcance, las formas que se le deberían dar. Si se mira á lo práctico, parécenos que los litigios á que dan ocasion tales memorias, merecen bien que se trate de evitarlos; y si se atiende al valor de las doctrinas, no creemos ménos justo el que se decida de una manera clara y sistemática si las solemnidades del testamento son álgo esencial para su validez, ó si ha de permitirse el eludirlas con una facilidad que no tiene apénas obstáculo ni limitaciones.

V.

66. Las solemnidades que declara esta ley,—con la excepcion de lo dispuesto por la de Felipe II, varias veces citada,—son las vigentes para los Españoles, ó más bien para los Castellanos, que quieren testar de un modo válido y legítimo en estos reinos. Pero si alguno de ellos se encontrase fuera de tal

territorio, y quisiere ordenar su última voluntad, ¿tendrá, por ventura, obligacion de guardarlas y observarlas? ¿Ó entenderemos que cumple, y que testa de un modo válido y legítimo, haciéndolo por cualquiera de los medios que sean legales en el país en que se encuentra?

67. La opinion de muchos apreciables escritores de derecho internacional, y la práctica que hemos visto seguida en diversos casos, autorizan este segundo extremo. El *locus regit actum* tan repetido en el dia; la doctrina de que en todo lo que es solemnidad externa puede seguirse la formulacion del país donde el hecho se va á celebrar; son actualmente principios tan comunes, que ni ocurre siquiera duda en cuanto cae bajo su alcance, á la mayor parte de los que se ocupan en cuestiones forenses. Así, en Francia, por ejemplo, está admitido el testamento ológrafo; y nosotros hemos visto bastantes casos en que Españoles residentes en Francia los han otorgado tales, y en que venidas á España sus testamentarías, todo el mundo los ha tenido por legítimos, y nadie ha promovido la menor cuestion sobre sus disposiciones.

68. No es nuestro ánimo el hacer, ni aun el intentar, que se deseche esa creencia: no lo es el arrojar la incertidumbre y la confusion sobre lo que está en el goce de incontestado. Pero asaltan á nuestro juicio algunas dudas, y queremos siquiera indicarlas con modestia y sencillez. Parécenos que es el derecho del libro y el privilegio de la doctrina el pedir á toda creencia su razon, el pesar á todo juicio sus quilates.

69. El *locus regit actum* es, á nuestro entender, una fórmula de civilizacion y de buen sentido, que es necesario limitar algunas veces por lo que el propio buen sentido aconseja. Regla de *hechos*, debido es conciliarla, y no contraponerla, á la ley de las *personas*, á que se refieren esos hechos mismos. Téngase presente que aquellos, los hechos, no existen por sí, sino dependiendo y con relacion á éstas, las personas, para no descuidar lo que el estado y la condicion de éstas puede hacer indispensable.

70. Pero concretémonos al caso especial. Hemos dicho que en Francia está admitido el testamento ológrafo: cualquier Francés puede hacerlo válidamente de esta clase. Mas á un Español que está en Francia no debería bastar, á nuestro juicio, lo que basta á un hijo del país: á pesar de su residencia, él es Español y no Francés. En buen hora que otorgase su testamento de aquel modo, cuando la ley francesa no le concediese otro medio de

realizarlo; pero si esa ley le proporciona además el mismo medio que en España, si le deja lo que es propio de su nacionalidad, si puede testar allí ante escribano y testigos, como está ordenado entre nosotros, ¿por qué no ha de arreglarse al derecho de su pais, conservando como conserva la naturaleza de este, y por qué ha de emplear, por el contrario, un recurso que la ley española no aprueba ni reconoce? ¿No obraría mejor, no consignaría su propósito de seguir siendo ciudadano de su patria, no evitaría todo motivo de duda y de disputa, si obedeciese lo que es derecho de esta, toda vez que le es posible obedecerlo?

71. Lo que decimos aquí de los testamentos, lo diríamos con mayor razon y con mayor fuerza en otras cuestiones, á las que tambien se ha aplicado la máxima *locus regit actum*. No hay para qué hacerlo en el momento actual. Hablando solo de ella por incidencia, bástanos haber indicado álgo que á nuestro juicio debería limitarla. Y repetimos otra vez que no seremos severos en este punto de las últimas voluntades; porque respetamos como se debe una doctrina comun, y tenemos en cuenta la buena fé que de su creencia y de su práctica ha de seguirse. Rijan, pues, como vienen rigiendo, obsérvense como vienen observándose entre nosotros los testamentos arreglados á otras fórmulas, cuando son otorgados en paises donde esas fórmulas se guardan y se empléan. Mas por lo ménos una cosa ha de ser necesaria en tales actos: que conste la verdad de la disposicion; que no quepa duda en la realidad del hecho; que si faltan las solemnidades castellanas, exista por lo ménos el convencimiento moral y legal de que aquello y no otra cosa fué lo querido y lo mandado por el otorgante.

LEY CUARTA.

(L. 3.ª, TÍT. 18.º, LIB. X, NOV. REC.)

Mandamos que el condenado por delito á muerte civil ó natural pueda fazer testamento y codicilos, ó otra qualquier última voluntad, ó dar poder á otro que la faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra cámara, ó á otra persona alguna.

COMENTARIO.

1. Una ley del Fuero Real (la 6.ª, tít. 6.º, lib. III) había declarado que no podían hacer testamento «los que fuesen juzgados á muerte por cosa tal que debiesen perder lo que hubieran.» Este precepto era racional y legítimo: el testamento se otorga no con otro fin que con el de dejar á determinadas personas lo que se tiene: el que no tiene ya ni puede tener nada, porque le priva de ello una sentencia, claro está que debe carecer asimismo de la testamentifaccion, consecuencia del derecho de propiedad.

2. Pero despues de esa ley vinieron las Partidas, y vino el *romanismo* de los doctores. Recordaron estos que el condenado á muerte, por el mismo hecho, y aunque no hubiese perdimiento de caudal ni confiscacion, quedaba constituido en Roma *siervo de la pena*, y se veía despojado de las facultades ó derechos civiles; y siguiendo aquellas esta propia doctrina, inser-

taron en su texto la ley 15.ª, tít. 1.º de la VI, que principiaron con estas absolutas palabras: «Juzgado seyendo alguno á muerte por yerro que oviesse fecho, pues que tal sentencia fué dada contra él, non puede fazer testamento.» De manera, que la disposicion fué absoluta y general: no sólo se le prohibió disponer, como lo hacía la ley del Fuero, de lo perdido ó confiscado, sino de todo lo que hubiese, de todo lo que le correspondiese, de todos los derechos que pudieran sobrevenirle. No era una declaracion de racional imposibilidad; era un anatema de incapacidad completa lo que se fulminaba.

3. Con arreglo á la ley del Ordenamiento y á la 1.ª de estas de Toro, no cabe duda en que el precepto del Fuero Real debería tener preferencia sobre el de las Partidas que acaba de citarse. Sin embargo, las Córtes y los Reyes Católicos creyeron oportuno dictar esta nueva ley, más explícita aún que la del Fuero. Convenia desterrar toda ambigüedad, toda libre opinion en una materia tan grave de suyo; y no podemos, por consiguiente, ménos de aprobar su obra, con la que, desechando sutilezas, rendian homenaje á la justicia y á la razon.

4. Desde entónces la pena de muerte, como tal pena de muerte, no ha sido una abolicion del derecho de propiedad en el infeliz que ha debido sufrirla. Si aparte de esa pena la sentencia le ha impuesto responsabilidades, si confiscaba sus bienes miéntras existió la confiscacion, claro está que no habia de poder disponer de aquello que dejaba de ser suyo. Pero en todos los demás bienes, como en lo restante que no eran bienes, su derecho y su accion quedaban incólumes. Pudo disponer de los unos; pudo ejercitar los otros; instituir herederos, legar, sustituir, nombrar tutores y curadores; llenar, en fin, todos los deberes y todas las facultades del hombre y del ciudadano. Quedó, en una palabra, persona legal, y no siervo, como le estimaba la doctrina de las Partidas.

5. Los comentadores han disputado tambien sobre si ese condenado mismo, que carecia ántes de la testamentifaccion activa, poseia la pasiva, ó sea el derecho de heredar. No sólo tenian razon para disputarlo, sino completamente para negarlo, con arreglo á la ley romana: el *siervo de la pena* habia salido de la sociedad civil en todos sus efectos. Mas todo concluyó á una vez por la declaracion de nuestra ley, más explícita, como queda dicho, que la del Fuero, y despues de la cual no fueron posibles tergiversaciones ni dudas. La condena de muerte vió limitados sus efectos á la muerte misma; y en tanto que no

llegó materialmente ésta, ninguno de los derechos comunes fué arrebatado como consecuencia al que la habia de padecer.

6. El texto sobre que estamos discurriendo habla expresamente de *muerte civil*, aplicando á ella la misma doctrina que á la muerte natural. Si tuviésemos aquella en el dia, quizá fueran necesarias algunas explicaciones sobre el modo de cumplir el precepto; mas afortunadamente no hay tal pena hoy entre nosotros, y nos excusamos por lo mismo de una obra que sería de todo punto inútil.

LEY QUINTA.

(L. 4.ª, tít. 18.º, lib. X, Nov. Rec.)

El hijo ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento, como si estuviesse fuera de su poder.

COMENTARIO.

1. Segun el derecho de las Partidas (ley 13.ª, tít. 1.º, P. IV) el hijo que está en poder de su padre no puede hacer testamento, ni aun con la venia y licencia de éste. Así lo habia querido tambien el romano, como explican largamente sus expositores. Sólo se exceptuaban de la regla general los militares y los letrados, en lo que era respectivo á los peculios castrense y cuasi-castrense. En todo lo demás, aun en el propio peculio adventicio, en que la propiedad era del hijo y no del padre, la prohibicion permanecia inexorable y absoluta.

2. La ley de Toro que examinamos corrigió ese principio de derecho extranjero, fijando definitivamente el de Castilla. No solo autorizó al hijo de familias para que testase, sino que hasta le eximió de la licencia paterna. En lo que fuese suyo, consideróle con la plenitud de derechos del hombre *sui juris*. Como si estuviese fuera del poder de su padre, dice textualmente; esto es, como si estuviese emancipado, como si no fuese tal hijo de familias.

3. Algunos autores no lo han comprendido así, y quieren que para la validez del acto en que nos ocupamos preceda siem-

pre la licencia paterna. Mas en verdad que no sabemos en qué se funden. Cuando las palabras de una ley son terminantes, ¿por qué hemos de cerrar los ojos para no verlas, sustituyendo á su voluntad nuestra privada voluntad?

4. Lo que sí puede investigarse, con motivo de esta ley, es: 1.°, de cuáles bienes han de poder testar los hijos; 2.°, á qué edad han de poder testar los hijos; y 3.° y último, qué reglas, qué obligaciones, qué límites tienen los hijos en sus testamentos.

5. Los bienes de que puede testar cualquier persona, son aquellos que en propiedad posée. Nadie puede dejar verdaderamente lo que no es suyo; pues aun el legado que llaman de cosa agena, no es en realidad sino un modo de mandar las propias. Así, los hijos de familia no han de disponer, no pueden disponer sino de lo que en verdadero dominio les corresponde; de sus peculios adventicio, cuasi-castrense y castrense. Todos tres son de ellos, aunque en el primero tenga el usufructo el padre: á todos tres alcanza su accion, para distribuirlos segun su voluntad, dentro de los límites que ha señalado la ley y que consignaremos más adelante.

6. Hemos preguntado, en segundo lugar, á qué edad han de poder hacer testamento los hijos de familia. La ley usa sólo de la expresion *edad legítima*, sin entrar en mayores explicaciones; y deja, por consiguiente á otras leyes, ó al derecho comun, supletorio en falta de ellas, el cuidado de responder á tal pregunta.

7. Y no hay efectivamente, segun creemos, otro modo de resolverla que por el expresado derecho comun; el cual fija la testamentifaccion en los años de la pubertad. Quizá parecerá esto un poco adelantado á nuestros lectores, como sin duda nos lo parece á nosotros: un niño de catorce años, una niña de doce, no deberían tener facultades para otorgar su testamento. Pero ésta es una doctrina autorizada, que puede no agradar, mas que no se puede desconocer: sería menester una ley para corregirla, no bastando, de seguro, las desaprobaciones particulares.

8. Por último, á la tercer pregunta que indicábamos, no es ménos fácil la contestacion que á las dos precedentes. El hijo de familias tiene por límite, lo mismo que el que no lo es, los preceptos legales que constituyen herederos necesarios, forzosos. El hijo de familias puede tener descendientes, aunque no sean legítimos; tiene padre, de seguro; y por lo tanto no puede dis-

poner como quiera del todo de los bienes que goza. Ha de respetar las legítimas, esto es, lo que segun las leyes está obligado á dejar por lo ménos á quien le dió el ser. En lo restante su accion es de todo punto libre, tan libre como seria la de su padre propio en idéntico caso. Este precepto que examinamos proclama su autoridad en términos bien absolutos; y no hay ninguna razon para que se le mengüe ni se le escatime.

LEY SEXTA.

(L. 1.ª, TÍT. 20.º, LIB. X, NOV. REC.)

Los ascendientes legítimos, por su órden y línea derecha, sucedan *ex testamento et ab intestato* á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que ayan derecho de les heredar: pero bien permetimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. Lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.

COMENTARIO.

I.

1. La sucesion testamentaria é intestada de los hijos legítimos estaba ya ordenada, y definitivamente ordenada, por nuestro derecho. Como que es la más natural, la más usual, la más necesaria, todos los códigos habian tratado de ella, formando así un cuerpo de doctrina que no dejaba ningun punto opinable ni arbitrario. El padre tenia obligacion de instituir por herederos á los expresados sus hijos legítimos en las cuatro quintas partes de sus bienes; sólo el quinto restante le quedaba en verdad libre, para aplicarlo por el bien de su alma, legarlo en man-

das, hacer de él lo que le pluguiera. Y si no hacía testamento, si moría sin esta declaracion de su última voluntad, los propios hijos lo llevarían todo, repartiéndolo entre sí por iguales porciones.

2. Este era el derecho comun de Castilla, al comenzar el décimo-sexto siglo, salvo lo que veremos despues respecto á vinculaciones, respecto á mejoras, respecto á alimentos de hijos naturales. Y ese derecho comun debía parecer á las leyes de Toro tan razonable como claro, pues que habiéndose propuesto concertar, corregir y determinar la legislacion, no le consagraron una sola palabra, como en otro caso indudablemente lo habrían hecho.

3. Mas en el punto de la sucesion de los ascendientes no sucedía lo propio. Ménos natural, ménos necesaria por su misma índole, siempre ha ocupado un puesto secundario en todos los pueblos, y ha estado sujeta á más variedad de opiniones, casi íbamos á decir á más arbitrariedad, á más capricho. El derecho romano, aun en sus últimas y más perfectas teorías, había proclamado altamente la razon de esta diferencia: *Non sic parentibus liberorum ut liberis parentum debetur hæreditas: parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittis, liberos naturæ simul et parentum commune votum.* Y los demás derechos, así los de naciones rudas como los de naciones civilizadas, si no han formulado tan concisa y filosóficamente la misma idéa, han tenido por lo ménos su intuicion, su sentimiento confuso, y han obrado en consecuencia sobre esta materia ó con una libertad ó con unas contradicciones que nunca nos habrían presentado en la otra.

4. Examinemos nuestros primitivos códigos, vengamos despues á las Partidas, y nos convenceremos de todo lo que queda dicho.

5. El Fuero-Juzgo había establecido el derecho de los ascendientes para heredar á sus descendientes *ab intestato*, en falta de otros descendientes que tuvieran los muertos. La ley 2.ª, tit. 2.º, libro IV es tan concisa como terminante. «En la heredad del padre vienen los fiios primieramientre. E si non oviere fiios, dévenlo aver los nietos. E si non oviere fiios, ni nietos, *ni padre ni madre, dévenlo aver los avuelos.*» Y la siguiente añade todavía: «*Quando non es ninguna persona del linaie que venga derechamientre de suso ó de yuso*, dévenlo aver los que vienen de travieso mas propinquos.....»

6. No es esto sólo lo que encontramos en aquel cuerpo. La division por ramas, y hasta la reversion á los troncos, están tam-

bien reconocidas y prevenidas. Esta sucesion de los ascendientes tiene su forma particular, que se declara con los términos más explícitos. Así, la ley 6.ª del mismo título nos dice: «Quando el omme muere, si dexa avuelos de parte del padre ó de parte de la madre, amos deven aver egualmientre la buena del nieto. E si dexa avuelo de parte del padre, ó avuela de parte de la madre, amos vengan egualmientre á su buena. E otrosí, si dexa avuela de parte del padre, é de parte de la madre, vengan á la buena egualmientre. Esto es de entender de las cosas que ganó el muerto. Mas de las que él ovo de parte de sus padres ó á sus avuelos, deven tornar á sus padres ó á sus avuelos cuemo ge las dieron.»

7. La sucesion intestada, pues, de los ascendientes, se hallaba establecida y razonada por el Fuero-Juzgo. Ni podía dudarse de su lugar, ni tampoco de su índole. Tomada más bien, á lo que creemos, de las tradiciones hispánicas que de las costumbres godas, pudo satisfacer sin embarazo las necesidades del periodo de la restauracion, dando un fundamento á los fueros de Asturias, de Leon y de Castilla.

8. Mas á la vez que esto sucedía con lo intestado, en la suposicion del testamento, que es siempre la más usual, la más vulgar, las cosas pasaban de muy distinto modo. Si la ley á que nos vamos refiriendo daba á los padres los bienes de los hijos cuando estos no dispusieran de ellos en sus últimas voluntades, de ningun modo les imponía la obligacion de dejárselos, ni una parte siquiera, cuando efectivamente testaban. Eran, pues, los padres herederos legítimos, pero no eran herederos forzosos. «Todo omne libre é toda muier libre (dice la ley 21.ª del mismo título) que non an fiios ni nietos ni bisnietos, fagan de sus cosas lo que quisieren: nin otro omne de su linaie que venga de suso—(los ascendientes)—nin de travieso pueda desfazer este ordenamiento.» Y añade la razon de este mandato: «Ca aquel que viene en el linaie del parentesco de suso derechamientre, non es nado (nacido) en tal manera que por natura deva aver heredad.»—Como se ve, la doctrina de los jurisconsultos romanos había tenido eco en los Concilios de España: á los descendientes los llamaba la naturaleza; á los ascendientes, solo la conmiseracion y la presuncion legales.

9. Pasando del séptimo al décimo-tercio siglo, del Fuero-Juzgo al Fuero Real, encontramos sustancialmente la misma doctrina. «Si home qualquier muriere sin manda (dice la ley 1.ª, tít. 6.º, lib. III) y herederos no hobiere así como es sobredicho—

(descendientes de bendicion)—el padre é la madre hereden toda su buena comunalmente: é si no fuere más vivo del uno, aquel lo herede: é si no oviere padre ni madre, herédenlo los abuelos ó dende arriba, y de esta guisa mesma.» Y otra (la 10.ª del propio título) añade lo siguiente: «E otrosí mandamos que el que muriere sin manda, ó no dexare fijos ni nietos, é dexare abuelos de padre ó de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fué del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fué de la madre; é si él habia hecho alguna ganancia, ambos los abuelos hereden de consuno igualmente.»

10. Por donde se ve que la sucesion intestada de los padres sigue cual la estableciera el Fuero-Juzgo.—En cuanto á la testamentaria podemos tambien opinar del mismo modo. Ninguna ley de este título impone el deber de instituir á los ascendientes: ninguna arguye de inválido al documento de última voluntad en que se les excluya ú olvide. Si nos falta aquí una disposicion análoga por su franqueza á la 21.ª que citabámos ántes, el efecto es el mismo, pues que no la hay tampoco que imponga el deber de instituir herederos á los ascendientes.

11. Hasta aquí la legislacion godo-española y la legislacion castellana: hasta aquí lo que teniamos en el siglo XIII, salvos los fueros locales que en unos ú otros puntos pudiesen existir. Cúmplenos ahora examinar lo que hicieron en el propio siglo las leyes de Partida, ora copiando, ora modificando el derecho romano, su modelo y su pauta.

12. Comenzaremos, como siempre, por la sucesion *ab intestato*. Las Partidas debian ocuparse y de hecho se ocupan muy largamente en ella; pero respecto á la de los ascendientes todas sus disposiciones están comprendidas en la ley 4.ª, tít. 13.°, Partida VI, que vamos á copiar: «Segund el curso de la natura é la voluntad de los padres, deven heredar los fijos los bienes dellos, dexándolos en su logar despues de su muerte; mas acaesce á las vegadas que los fijos mueren ante que los padres é los avuelos. E por ende, pues que en la ley ante desta mostramos de la herencia que ganan los fijos ó los nietos quando sus mayorales mueren ante dellos, conviene que digamos cómo deven heredar los ascendientes á aquellos que descendieron dellos; é dezimos que quando acaesciere que el fijo muera sin testamento, non dexando fijo ni nieto que heredase lo suyo, nin habiendo hermano ni hermana, que estonce el padre é la madre deven heredar egualmente todos los bienes de su fijo. E si hermanos oviesse, estonce deven ellos con el padre é con la madre partirlo por ca-

bezas. E magüer oviesse abuelo ó abuela, non heredará ninguno dellos ninguna cosa en los bienes de tal defunto. Mas si aquel que muriesse sin testamento non dexasse heredero ninguno que descendiese dél, nin oviesse hermano, nin hermana, nin padre, nin madre, si oviere abuelos, quier sean de parte de su padre, quier de parte de su madre, ellos heredarán egualmente todos los bienes de su nieto. E si por aventura de parte de su padre ó de su madre, oviere un abuelo solo, é de la otra dos, estonce aquel solo avrá la meytad de todos los bienes, é los dos que fuessen de la otra parte avrán la otra meytad. E si acaesciere que éste que assí finó avía abuelos é hermanos quel pertenezcan de padre é de madre, estonce heredarán todos los bienes que fincaron dél, partiéndolos entre sí por cabezas egualmente. E esso mismo sería si el finado dexasse fijos de tales hermanos.»

13. Esta ley que acaba de copiarse, puede resumirse á nuestro juicio en varias proposiciones.—Primera: los ascendientes son herederos ab intestato. Segunda: entre ellos los más próximos excluyen á los más remotos. Tercera: concurren con ellos los hermanos y los hijos de hermanos, cuando existen. Cuarta: en el caso de tal concurrencia, sea con padres sea con abuelos, la herencia se distribuye *per capita*, como decian los latinos, esto es, por iguales partes. Quinta: cuando hubiese abuelos tan solos y de diversas líneas, se dará al ó á los de una tánto como á los ó al de la otra.—Creemos que este y no más es el sentido de la ley: que este es el derecho de las Partidas en la sucesion intestada de los ascendientes.

14. Vengamos ahora al otro punto, al derecho del mismo código en lo respectivo á su sucesion testamentaria. Y fijándonos en él, veremos que se separa mucho más de la antigua legislacion española. Se ha dicho ántes que el Fuero Real no imponia á los testadores la obligacion de instituir por herederos á sus ascendientes: se ha dicho tambien que el Fuero-Juzgo los eximía de ella de un modo explícito. Pues las Partidas, por el contrario, señalan esa obligacion como tal, y solo dispensan de cumplirla en el caso de justas, motivadas, expresas desheredaciones. Hasta allí, los ascendientes no eran, en testamento, sino herederos voluntarios: las Partidas los hicieron, ó pugnaron por hacerlos, herederos forzosos (1). Como el padre no podía

(1) Las Partidas copiaron en toda esta materia el derecho romano novísimo ó justinianéo. El antiguo habia sido muy diferente, como se puede ver en sus códigos y en sus expositores.

ménos de instituir á su hijo, así el hijo, no teniéndolos á su vez, se vió obligado por este derecho á instituir á sus padres. Y—¡cosa por cierto singular, despues de lo que hemos visto en la ley ántes citada!—los hermanos no compartieron con los ascendientes esta cualidad de herederos forzosos: ellos pudieron ser excluidos de la sucesion sin causa alguna, cuando para excluir á los tales ascendientes no se aceptaron ni se reconocieron otras que las que declara la ley 11.ª, tít. 7.º de la sexta Partida.

15. Esta fué, repetimos, una gran innovacion. Los padres tuvieron legítima, como los hijos la habian tenido siempre; si bien es verdad que la de los hijos, corta segun el código de don Alfonso, que siguió á las leyes romanas, era mucho más cuantiosa por las antiguas españolas, miéntras que la de los padres, únicamente consignada en aquellas, no podia pretender una análoga elevacion. Pero no tiene aquí ménos importancia el principio que la cuantía; y el principio, segun acaba de verse, variaba de todo punto de la una legislacion á la otra. Segun la tradicional, los padres eran, respecto á los hijos, herederos *ab intestato,* pero no *ex testamento,* y en aquella primer sucesion excluian á los transversales; segun la doctrinal y teórica, lo eran por testamento y *ab intestato,* gozando en aquel de un privilegio sobre los transversales, pero confundiéndose con algunos de ellos en este caso último.—No juzgamos ahora: referimos únicamente los diversos derechos.

16. En tal estado de la cuestion, la ley 1.ª del Ordenamiento de Alcalá habíala resuelto sin duda, como resolvió todas las semejantes. Señalando el lugar que había de tener cada código, avalorando comparativamente sus disposiciones, marcó el espíritu y el precepto por donde deberían juzgarse tales problemas. En vista de su doctrina y de su tenor, consultadas sus palabras, respetada su voluntad, no tiene duda á nuestro juicio que la legislacion de los Fueros y no la de las Partidas era la que se podía estimar vigente. Aquélla era clara en su contexto y en su espíritu: cualquier aprecio que nos mereciera ésta otra, no era lícito elevarla al propio, idéntico nivel. Los ascendientes tenian el carácter de herederos legítimos, pero no el de herederos forzosos: sucedian *ab intestato,* pero no sucedian necesariamente *ex testamento.*

II.

17. Tal fué el rigoroso derecho desde el Ordenamiento de Alcalá hasta las leyes de Toro. Pero estas no lo miraron como el más justo ó como el más útil: quizá no sería tampoco plenamente observado en la práctica, ejecutándose aunque no fuera legal lo ordenado por las de Partida. Lo cierto es que la materia pareció necesitada de nuevas reglas, de nuevas definiciones; y que, llenando el propósito que inspirara toda aquella reforma, se procedió á formular álgo no completamente conforme con nada de lo antiguo.

18. Las disposiciones de esta ley se resumen en los siguientes puntos. Primero: los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus descendientes, *ex testamento* y *ab intestato*, siempre que estos no dejan otros descendientes tambien legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos con prelacion. Segundo: esta sucesion se verifica por su órden y línea derecha. Tercero: la porcion legal de esta sucesion son los dos tercios de los bienes del que testa; en el tercio restante puede hacer libremente lo que le pluguiere. Cuarto y último: donde se acostumbre por fuero local que vuelvan los bienes al tronco ó á la raiz, en esta clase de sucesiones, deberá seguir ejecutándose tal práctica.

19. Como se ve, pues, la ley de Toro tomó de las Partidas la sucesion *ex testameuto* de los ascendientes: tomó de la antigua tradicion española el que no viniesen con ellos los hermanos del difunto cuando sucedieran *ab intestato*; y señaló como legítima de esos ascendientes la cuota de los dos tercios, sobre lo cual habría quizá costumbres, pero que no podía hallarse en el Fuero Real, y que no se hallaba en las Partidas.

III.

20. Detengámonos un poco en cada una de las proposiciones con que hemos resumido esta ley; pues que todas ellas hán menester alguna explicacion, y varias pueden dar lugar á verdaderas dudas.

21. La primera fué la de que los ascendientes legítimos suceden *ex testamento* y *ab intestato*, siempre que los difuntos no han dejado hijos ó nietos tambien legítimos, ú otros que tengan el derecho de heredarlos con prelacion. Por donde se ven dos cosas: primera, que la ley reconoce el derecho de eterna justicia con que los descendientes de una persona han de ser preferidos á sus ascendientes; y segunda, que aun además de los descendientes legítimos, puede haber álguien que perjudique á los padres y á los abuelos que tengan igual legitimidad, entrando ántes que ellos á la sucesion del que otorga su testamento ó muere sin él.

22. Ahora bien: ¿quiénes son esos otros, esas personas de que habla la ley, y que no se cuentan entre los hijos y descendientes legítimos? ¿Son descendientes bastardos? ¿Son personas extrañas? ¿En qué casos y cómo sucede que los unos ó que las otras se prefieran á los ascendientes legítimos?

23. Son, en primer lugar, los hijos naturales legitimados por subsiguiente matrimonio, los cuales se execuan á los legítimos en todo aquello que depende de las leyes, ó que, dependiendo de voluntades individuales, no lo vedan, no lo prohiben éstas (1). Son, en segundo lugar, los propios hijos naturales legitimados por rescripto soberano, y autorizados para heredar á sus mayores; los cuales sólo son perjudicados en tal esperanza y en tal derecho por otros hijos legítimos que nazcan despues (2). Los unos y los otros se prefieren á los ascendientes así por testamento como *ab intestato*. Son, en tercer lugar, los hijos adoptivos, cuyos derechos tienen tanta fuerza como los de los legítimos propios, cuando no hay de estos que por su supervenencia los excluyan (3). Son, en cuarto lugar, respecto á la madre, los hijos naturales y los simplemente espúreos; los cuales son tambien herederos del uno y del otro modo, con preferencia á los ascendientes legítimos de la misma (4). Y son, en último lugar, los propios hijos naturales respecto al padre; no en el caso de morir intestado, que entonces le sucederán sus ascendientes; no tampoco para que tenga obligacion de instituirlos en su testamento, que no se la impone la ley; pero sí

(1) L. 1.ª, tít. 13.º, P. IV.
(2) L. 12.ª de Toro.
(3) L. 5.ª, tít. 6.º, lib. III. Fuero Real.
(4) L. 9.ª de Toro.

cuando él de su voluntad quiera instituirlos, lo cual esa misma ley autoriza, prefiriéndolos entonces á los ascendientes (1).

24. De manera, que en esta postrer hipótesis se verifica una anomalía singular. El ascendiente es heredero legítimo así *ex testamento* como *ab intestato*, y no parece deber excluirse sino por otro heredero, tambien legítimo, tambien forzoso, así *ab intestato* como *ex testamento*. El hijo natural no lo es respecto al padre: ninguna obligacion tiene éste de instituirlo: si muere sin testar y concurre con tal hijo un ascendiente, el ascendiente le excluye y descarta. Y sin embargo, si el padre quiere preferirlo, si lo escoge é instituye por su voluntad, el ascendiente se ve burlado en su esperanza, iludido y perjudicado en su derecho. Resolucion á primera vista ilógica, por no decir absurda, que el que es legalmente ménos se adelante y sobreponga al que es más; y resolucion, sin embargo, que no repele el buen sentido, y que aprueba una filosófica reflexion, considerando el diferente carácter de las sucesiones que descienden y el de las que ascienden, teniendo en cuenta la tradicional legislacion española que ántes hemos explicado, y dando, por último, á la expresa voluntad de un testador toda la importancia que debe tener, cuando se trata de ciertos límites algo elásticos de suyo.

25. Hasta aquí hemos hablado de descendientes no legítimos, que pueden anteceder y preferirse á los legítimos ascendientes. Pero quizá la ley deba tambien entenderse de otras personas, cuales son los sustitutos pupilares. Esta es por lo ménos la doctrina asentada por varios autores; la cual, como se comprende bien, tenemos que exponer y examinar en el instante presente.

26. La teoría de los sustitutos pupilares es bien conocida. Un padre que hace testamento y que instituye por heredero á su hijo impúbero—(y aun no instituyéndolo, si el tal hijo puede tener otros bienes)—prevé el caso de que éste pueda morir en aquella edad, sin estar autorizado aún para testar por sí propio; y evitando los inconvenientes que alcanza de un hecho tan posible, nombra un heredero sustituto para que lleve en semejante hipótesis los bienes que al mencionado su hijo pertenecieran. Si el accidente previsto se realiza, si el menor muere ántes de cumplir los catorce años, «tal fuerza há la sustitucion (dice la

(1) L. 10.ª de Toro.

ley) (1), que aquel que gana la heredad por razon de ella, deve aver los bienes del mozo en cuyo logar fué establescido por heredero, tan bien como si él mismo lo oviesse establescido por su heredero en tiempo que pudiesse facer testamento. E por estas razones (continúa) tal sustitucion como ésta, es como otro testamento que faze el padre al mozo sobredicho. E heredará tal sustituto como éste todos los bienes del mozo onde quier que los aya.» Palabras explícitas que no podemos desconocer; palabras que hemos querido copiar, y sobre cuyo contexto será necesario que mediten nuestros lectores.

27. ¿Qué es, les preguntamos, lo que de sus términos y de su espíritu debe inferirse? La preferencia que él concede á los sustitutos sobre los herederos legítimos del menor,—porque al cabo tal preferencia y no otra cosa es lo que dispone,—¿llega por ventura hasta excluir á los herederos forzosos, á la madre, á los abuelos del sustituido? ¿Es por esta posibilidad, además de la de los hijos legitimados, naturales y espúreos de que hablábamos ántes, por lo que nuestra ley sexta ha escrito las palabras «ó que hayan derecho de les heredar,» sobre que estamos discurriendo?

28. Muchos autores, repetimos, lo han creido así: varios han defendido ó esforzado tal opinion: aun los hay que no han concebido pueda profesarse la contraria. Con todo el respeto, empero, que se debe á su autoridad, nosotros nos permitimos opinar otra cosa. Ni la ley de la sustitucion ha querido tánto, á nuestro juicio, ni esta de Toro ha tenido presente tal idéa, al ménos con la extension que se le da. Su espíritu, su inteligencia comun son los que quedan explicados en los números precedentes; y si algo puede alcanzarle por este hecho ó por esta teoría de las sustituciones, no es tánto, de seguro, como algunos han creido y sostenido en el punto de que aquí se trata.

29. ¿Qué es, preguntaremos, la sustitucion pupilar que estamos examinando y caracterizando? La ley que la establece y que copiábamos poco hace, nos lo dice con toda exactitud: es una institucion que hace el padre en lugar del hijo, y por el propio hijo, porque éste no la puede hacer. Pues bien; de aquí inferimos nosotros una consecuencia que nos parece irrecusable: pues que el padre la hace por el hijo, claro es que tiene que ponerse en la situacion del hijo para hacerla; claro que ha de

---

(1) L. 7.ª, tit. 5.º, P. VI.

llenar los deberes que el hijo tiene, y que si testase llenaria; claro que si el hijo se halla con herederos forzosos, de los cuales él no podria prescindir, tampoco ha de prescindir de ellos el padre que obra por él, que obra en su nombre, que es un comisario legal y no otra cosa.

30. La teoría nos parece incuestionable; y lo único que nos admira es no haberla visto ni desenvuelta ni aun respetada como merece. Pero toda vez que ocurre, no sabemos con qué argumentos se la ha de contrastar, con qué subterfugios se la pueda eludir.

31. El padre testa por el hijo: lo dice la ley. Luego el padre tiene que llenar los deberes testamentarios que afectan al hijo: lo exije la razon. Ahora bien: la madre, en primer lugar, y en segundo lugar los abuelos, ¿son ó no son, respecto al hijo y nieto, herederos legítimos y forzosos? Si no lo eran *ex testamento* con arreglo al Fuero-Juzgo y al Fuero Real, ¿puede decirse lo mismo, atendiendo al derecho de las Partidas, y despues de esta ley de Toro que estamos comentando?

32. No se ha de suponer jamás que una ley es contradictoria con otras del código, y mucho ménos con las que pueden llamarse fundamentales en él, porque señalan sus principios y demuestran su espíritu, en tanto que haya medios racionales para concertarlas y explicarlas de un modo armónico. Esa es una regla capital de interpretacion, de la que procuramos no olvidarnos; y que en este caso como en otros muchos trae, á nuestro juicio, gran conveniencia. Siguiéndola en su buen sentido, parécenos que caen todas las dificultades, y que se desvanecen las nubes que han podido embarazar para el perfecto esclarecimiento de las cuestiones que aquí se ventilan.

33. El padre tiene derecho para sustituir á su hijo pupilarmente. Pero si al hacerlo se olvida de la madre que puede existir al óbito del hijo impúbero, ó de los abuelos que pueden existir del mismo modo, este accidente, sin invalidar la sustitucion, limitará sus efectos á una parte de la herencia. No privará á la madre ó á los abuelos de lo que la ley forzosamente les daba: si el hijo no podía privarlos, ¿cómo habia de hacerlo uno que solo obra por él y en su nombre? Pero ni la madre ni los abuelos tenian accion á que el hijo ó nieto los instituyera en la totalidad de sus bienes: una mayor ó una menor parte, pero siempre una parte considerable, quedaba fuera de su legítima. Pues bien: en esta parte, la institucion no encontrará estorbo: el testamento libre será válido: el instituido pupilarmente ex-

cluirá á la madre y á los abuelos. Hubiéralos excluido el hijo si personalmente hubiese testado: tanto vale sin duda que el padre, á virtud de un derecho legal, lo haya realizado en su nombre y por él.

34. Hé aquí, pues, la total, genuina inteligencia de las palabras de la ley de Toro: hé aquí el complemento á la contestacion que principiamos á dar algunos números hace. ¿Quiénes son, preguntábamos, esas personas de que aquella habla, y que hán derecho de heredar con prelacion á los ascendientes legítimos? Son, ya lo dijimos; varias clases de descendientes no legítimos, en sus casos; y lo son tambien los sustitutos pupilares en el tercio de los bienes del difunto impúbero. No en la totalidad, como han pretendido algunos autores; pero sí en esta parte, en que los ascendientes no suceden por fuerza *ex testamento*, y de la cual por tanto, puede privarles una sustitucion, como les privaría una institucion real y directa.

IV.

35. La segunda proposicion en que resumimos el precepto de esta ley fué la de que los ascendientes sucedían á sus hijos ó nietos por su órden y línea derecha. Son palabras no inventadas por nosotros, sino tomadas de la ley misma, y acerca de las cuales es forzoso detenerse para comprender la forma de esta sucesion.

36. *Línea derecha*, si estuviese solo sería quizá un pleonasmo, toda vez que se había dicho *ascendientes*. Entre padres é hijos, abuelos y nietos, ascendientes y descendientes, en fin, no puede haber más que esa línea; no puede existir nunca la no derecha, la transversal. Sólo, pues, un empeño de repeticion, un modo de confirmar la índole de la sucesion de que se trata, es lo que podria verse en el uso aislado, en la mera insercion de esas dos voces, que no añadirían real y verdaderamente niguna idéa al precepto que nos ocupa.

37. Pero hay que advertir que se dice algo más, que se dice tambien *por su órden*, y que con esta expresion ya no sucede lo mismo. Declárase con ella que no es sólo á la línea derecha á lo que hay que atender, sino que dentro de esta línea existe un órden previsto de sucesion. No ha de bastar hallarse en ella; no han de venir todos los que estén en ella; pues ha de haber un órden para que ejerzan y les sea atendido su derecho.

38. Cuál deba ser este órden, la ley que estamos examinando no lo ha señalado. Y no es ciertamente en ella un olvido ó un defecto: es que no habia ninguna necesidad de tal expresion. En este punto no existía discordancia entre los códigos antiguos: la tradicion y la escuela estaban conformes; y de aquí es que los legisladores de Toro debían pasar ligeramente sobre el asunto, pues que puede decirse estaba fuera de su objeto.

39. Así, nunca ha habido dos opiniones sobre este particular. Siempre se ha reconocido que en la sucesion de los ascendientes el más próximo excluye al más remoto; y que concurriendo abuelos de entrambas lineas, los bienes se han de dividir por mitad en razon de las mismas lineas, y no por cabezas como en las sucesiones transversales. Lo que había que hacer en este punto era consignar el derecho de los ascendientes, de ellos solos; y dejar despues que se aplicasen á su sucesion las reglas de órden y linea derecha bien conocidas de antemano en Castilla.

40. De lo dicho se infiere que en la sucesion de los ascendientes no hay derecho de representacion; al contrario de lo que se verifica en la de los descendientes, y hasta cierto punto en la de los colaterales. Aquí, en los padres, en los abuelos no podría concebirse. La representacion tiene su lugar, es obvia, es necesaria en la marcha de la naturaleza, descendiendo por la cadena de los seres, corriendo el rio de la vida. Razones de conveniencia y de piedad pueden haber inspirado y confirmado un órden de sucesion que es de todo punto opuesto: las leyes lo admiten y lo sancionan; el mundo lo acata y lo emplea. Pero no hay que traer á él principios ni doctrinas que no caben en su hipótesis, en su cuadro: no hay que buscarle una completa igualacion en todos sus accidentes con el que la naturaleza humana nos ofrece como vulgar, como comun, como propio. No hay, repetimos, representacion en este órden: sería contradictoria con la índole de él, que es el ascenso, cuando la de ella consiste en la corriente, en la opuesta direccion.

41. Y no empecen á esto de ningun modo las palabras de la ley que dicen: «les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos;» porque tales expresiones tienen otro sentido, bien fácil por cierto de comprender. Lo que ellas significan es que la sucesion de los ascendientes es tal sucesion, y no el *jus peculii* que tuvieron los antiguos romanos; y que es plenamente legítima, tan legítima como la de los hijos, surtiendo los mismos efectos que ésta. Lo cual es completamente verdad. Desde que la ley la ha admitido y consagrado, su naturaleza de suce-

sion es la misma, su valor y su fuerza idénticos ó unos propios. Tan heredero, tan necesariamente heredero es el padre del hijo, en su caso, que es el segundo, como lo es el hijo del padre en el suyo, que es el primero y capital. Los mismos derechos adquiere el uño que el otro; la misma consideracion hereditaria tienen á los ojos de aquella ley. Si la doctrina de las escuelas rebuscaba algunas distinciones, como tradicion no bien borrada del Digesto, la palabra soberana ha acabado con ellas, declarando en este punto como norma las que son consecuencias naturales de su principio. Verdad es, segun ántes decíamos, que la sucesion de los padres puede y debe tener otros accidentes que la de los hijos; pero como tal sucesion, es de idéntica naturaleza y de la misma legitimidad.

V.

42. Hemos indicado como tercer punto, en nuestro resúmen de esta ley, el de la porcion de los bienes del hijo en que éste se halla obligado á instituir por heredero á su padre. Y aquí tenemos otra de esas accidentales diferencias de que venimos hablando: el ascendiente tiene obligacion de instituir ó mejorar á sus herederos, de dejarles las cuatro quintas partes de sus bienes; el descendiente á su vez no la tiene de dejar á sus mayores sino los dos tercios de los bienes mismos.

43. Esta cuota, esta porcion legítima, ha sido señalada por la presente ley, y no por ninguna otra ántes de ella. Tal vez se fundaria en alguna costumbre; mas de seguro no se hallaba consignada en ningun código nacional. Ya hemos visto que ni el Fuero Real ni el Fuero-Juzgo sancionaban semejante obligacion respecto á los padres: en cuanto á las Partidas, copiaban en esa materia al derecho romano, y señalaban, de consiguiente, legítimas mucho más cortas.

44. Creyeron sin duda los Reyes Católicos que debian ordenar este punto, armonizando lo que se habia de deber á los padres con lo que las antiguas leyes castellanas mandaban que se debiese á los hijos. Y en nuestro modo de sentir, lo hicieron con juicio y con prudencia. Dos tercios de los bienes son suficientes por razon de piedad, cuando en la sucesion, más propia, de los hijos puede el ascendiente disponer con libertad de la quinta parte, y aun agraciar con el tercio á uno de los mismos hijos,

ó de los hijos de los hijos. Y por otra parte, los dos tercios no son una cosa excesiva, pues ha dispuesto ó autorizado la ley cuantas naturales preferencias sobre los ascendientes recomiendan ó excusan los sentimientos de un hombre probo y delicado.

45. Quizá falta una sola; ó quizá por lo ménos en un solo caso hubiera debido tener el testador mayores facultades en beneficio de una persona. Siempre nos ha parecido á nosotros que nuestra ley ha sido desigual, por no decir caprichosa, respectivamente á los derechos de las viudas. Puede ser que hayan dado demasiada extension á la doctrina de los gananciales; y puede ser tambien (ese por lo ménos es nuestro juicio) que no hayan otorgado al cónyuge que testa todo el derecho que inspiraría la razon en obsequio del otro cónyuge, ni le hayan atendido tampoco como deberían en las sucesiones intestadas. Un marido que no tiene hijos, y que tiene padres, no puede dejar sino el tercio de sus bienes á su mujer: francamente lo decimos,—nos parece poco. Nosotros le hubiéramos autorizado para que le dejase la mitad. Una mujer que queda viuda, muriendo su marido intestado, no tiene derecho á sucederle en ninguna parte, en igual concurrencia con los ascendientes. Francamente tambien lo decimos: esa exclusion nos parece impía, cuando tal vez no hay gananciales en la sociedad que acaba. Nosotros le hubiéramos dado una parte igual á la del padre y la madre. Si el difunto había dejado á éstos para unirse á aquella, ¿con qué razon se prescinde de su persona, que fué para ese mismo difunto vida de su vida y alma de su alma?

46. Pero estas críticas son de todo punto inútiles como comentario de un derecho existente. Lo que aquí tenemos que hacer es explicar la ley, y no censurarla; conocer su alcance, y no combatir fundamentalmente sus disposiciones. Si la libertad y la independencia del pensamiento se expresan alguna vez con una sinceridad natural, el conocimiento de nuestra posicion debe contenernos en esa via, y hacernos volver á las modestas taréas del que no es consultado sobre hacer leyes, sino sobre entender y declarar las leyes.

47. Decimos, pues, que el tercio de los bienes que posée cualquier persona es completamente propiedad suya, cuando no tiene hijos, para disponer de ello como guste, aun en perjuicio de sus propios padres: puede aplicarlo á objetos de caridad, al bien de personas extrañas, á cualquier materia que no le esté prohibida por derecho. Las palabras de esta ley son tan amplias cuanto pueden serlo las de ley alguna; mas ni ellas ni ningunas

otras generales podrian autorizar lo que especialmente se halla vedado. Todo lo que quieran pueden hacer los testadores en la cuestion del tercio de que se habla, dentro de los límites de lo permitido, que son tan extensos, que son tan amplios: el traspasarlos no seria ya un uso de facultad legítima, sino un abuso, que por la misma prohibicion quedaria sin efecto. Lo que hace aquí la ley con esa cuota de bienes es eximirla de la accion de los padres; mas no, de ningun modo, el libertarla de las reglas que ha impuesto ella misma á toda herencia voluntaria y libre. Si se deja, por ejemplo, á una persona que no puede adquirir, esa persona no la adquirirá: si se la grava con una condicion que repugna á sus mandatos, de seguro que no quedará gravada con ella.

48. En este lugar, y tratando como tratamos de la legítima de los ascendientes, cabe que nos ocurra una pregunta, aunque confesemos que nunca puede llegar á ser una cuestion. Es la de si el descendiente que testa, y que deja los dos tercios de sus bienes á sus padres ó á sus abuelos, puede imponer en los mismos alguna condicion de cualquiera clase, gravarlos con cualquier género de carga que los siga y los afecte. Y decimos que esto no puede ser cuestion, porque todo lo que es legítima de una persona, todo lo que se le da no por voluntad libre sino por disposicion de las leyes, claro es que le ha de ser entregado entero y completo, sin ningun accidente que lo menoscabe ni disminuya. Así como los padres no pueden imponer cargas á las legítimas de sus hijos, así los hijos no pueden imponerlas tampoco á la legítima de sus padres. El derecho, ya lo hemos visto, es igual. Sólo mediando concesiones reales fué posible alguna vez lo primero; y sólo tambien mediando las mismas habria sido posible lo segundo. Y aun esto propio no se concebiria hoy; porque la autoridad real no tiene las facultades soberanas que en otro tiempo tuvo, y porque aun el soberano mismo se veria incapacitado, segun las idéas modernas, de atentar á los derechos civiles de cualesquiera ciudadanos.

VI.

49. La ley que estamos examinando, despues de haber asentado su doctrina y emitido su precepto, concluye con las siguientes palabras: «Lo cual mandamos que se guarde, salvo en

las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.»— Por eso hemos terminado tambien nosotros nuestro resúmen: «donde se acostumbre por fuero local que vuelvan los bienes al tronco ó á la raiz, en esta clase de sucesiones, deberá seguir observándose semejante práctica.»

50. Segun creemos, pocos han de ser ya hoy los lugares de Castilla en que así suceda: aparte del país vasco, ó de ciertos distritos del país vasco, nosotros no conocemos ninguno. La tendencia de la civilizacion, que es á borrar orígenes y á confundir familias, labra cada dia con mayor fuerza contra ésos restos de una edad diferente. Pero cuando se dictaron las leyes de Toro se estaba más cerca de los siglos medios; y toda aquella existencia de pequeños grupos conservaba aún bien profundas raíces. Los lazos eran más fuertes, así del hombre con su familia, como de las familias con el terreno: el individualismo no habia pulverizado tánto la sociedad, aun en lo más íntimo de sus entrañas. Concebimos que la práctica á que aquí se alude pudiese ser demasiado comun; y creemos y confesamos que debía tenerse por respetable. Á nosotros nos parece que lo es cuanto condensa los intereses de esas familias, desgraciadamente tan á punto de no existir en la época actual.

51. No se dictaba, pues, para tales pueblos lo que llevamos dicho hasta ahora de esta ley; ó dictábase por lo ménos con una salvedad que constituía gran modificacion. En ellos quería el soberano que se respetase el principio de reversion consagrado por la costumbre: luego era necesario tenerlo en cuenta, y acomodar á él este género de sucesiones de los abuelos y de los padres. Si no quedaban sin efecto en su totalidad los otros principios, álgo por lo ménos habian de resentirse, álgo habían de doblegarse y rebájarse, hasta conseguir su combinacion con el que ahora se reconocía y se deseaba hacer prevalecer.

52. Trátase, por ejemplo, de la sucesion intestada. Los ascendientes sucederán sin duda al difunto que no deja hijos legítimos ú otros que tengan derecho de heredarle: en esto se cumplirán las reglas de la ley, suponiendo que existan tales ascendientes del uno y otro tronco, de la una y otra raiz. Mas si por ventura no los hay sino de una linea, y quedan bienes correspondientes á la otra, éstos no irán á aquellos, sino que buscarán á los colaterales con quienes tengan relacion. De modo, que podrá suceder aquí que colaterales y ascendientes hereden á un tiempo, y que se falsifique de esta suerte una de las

máximas que, como hemos visto ántes, sentaba la legislacion de Toro, una de las reformas que habia introducido respecto al derecho de las Partidas, copia del romano.

53. Otro tanto decimos del órden entre los ascendientes propios. Si por la regla general los más próximos excluyen á los más distantes, en la sucesion de troncos bien puede suceder todo lo opuesto. El padre puede llevar sus bienes, á la par que los abuelos maternos lleven los suyos, si existen por acaso bienes de una y otra linea, y si no habiendo madre quedan de una vez padre y abuelos maternos.

54. Por último, la cuota de cada cual de los herederos ó sucesores puede ser muy diversa de la cuota de los otros, aun hallándose en la propia proximidad, en el mismo grado. Si han venido como es natural más bienes de este tronco que de aquel, tambien llevarán más estos ascendientes que no aquellos. Todo, lo repetimos, ha de subordinarse al principio de la troncalidad, pues que la ley quiere que permanezca incólume: las reglas legales que preferentemente habiamos explicado no han de regir, no pueden regir, sino dentro de su esfera.

55. Hasta aquí hemos hablado de la sucesion intestada, y no de otra. ¿Qué deberemos decir de la sucesion *ex testamento*? ¿Habrá tambien de tenerse presente la troncalidad, en los pueblos donde exista, para que un hijo testador deba arreglarse á sus principios en las legitimas que deja á sus padres?

56. Indudablemente la ley parece que habla de los dos casos. Su forma no puede ser más genérica: su modo de decir repugna á toda division, á toda distincion. «Lo cual mandamos que se guarde, salvo en los pueblos donde exista tal costumbre.» Y aquel «lo cual» es todo lo que ha dicho hasta entónces, todo lo que encerraba, todo lo que comprendia hasta allí su integro, su completo texto.

57. Una dificultad, sin embargo, nos detiene en medio de esa creencia. Si ello es así, el derecho de testar de bienes raices no existe, queda extinguido en tales poblaciones. Por lo ménos así sucedería donde quiera que todos los bienes de aquella clase hubieran de quedar siempre en una familia sola; ni de la totalidad, ni del tercio, ni de nada, podria disponer ningun testador.

58. Como esto repugna á todos los principios recibidos generalmente en las sociedades civilizadas; como no parece ménos contrario á los instintos de la humanidad entera, que aquellos principios han tratado de satisfacer; de aquí que muy ilustrados comentadores de la ley que estamos examinando, no han

vacilado en declarar que esa final cláusula no se aplica á las sucesiones *ex testamento,* sino únicamente á las intestadas ó legítimas. Por lo que á nosotros hace, reconociendo por un lado la fuerza de las palabras de la misma ley, y por otro los inconvenientes que acaban de apuntarse, apénas nos resolveríamos á tomar un partido, si fuera preciso tomarlo teóricamente en tal cuestion. Por fortuna, no vemos esa necesidad en una obra como la presente. Recae sólo este punto sobre costumbres muy locales, más reducidas cada dia, á lo que creemos. Esas costumbres existen; no es que se las trata de formar. Esas costumbres, donde existan, serán conocidas y guardadas de todos; habrán sido usadas y aplicadas en millares de casos. Pues bien: allí donde existan, la ley previene que se observen como sean; y en tres siglos y medio que lleva esta ley de durar, de algun modo se habrán observado, se habrán cumplido. Si al dictarse su texto en las Córtes de Toro, pudo haber sobre su aplicacion variedad de opiniones, en el dia ya no puede haberla. Lo que se haya hecho, eso deberá seguir haciéndose. Donde la reversion troncal sea solo la regla de las sucesiones intestadas, será un absurdo el quererla extender á las sucesiones por testamento; pero si en alguna parte ha sido tambien la regla de éstas, por más que nos parezca duro, fuerza será respetarla y observarla. La testamentifaccion es de derecho positivo, de derecho civil; y no hay medio por tanto de rebelarse á causa de ella contra lo que, siendo de fuero, sea usado y acostumbrado. Únicamente debe prevenirse que en el caso de la menor duda, desaparecerá inmediatamente el derecho local, para venirse al derecho universal, al derecho comun. Esta es la regla en todos los privilegios, tanto más severa cuanto los privilegios son más singulares y más odiosos.

LEY SÉPTIMA.

El hermano, para heredar *ab intestato* á su hermano, no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.

LEY OCTAVA.

Mandamos que succedan los sobrinos con los tios *ab intestato.* á sus tios *in stirpem* y no *in capita.*

COMENTARIO.

I.

1. La ley anterior,—la sexta,—habia establecido el derecho sobre la sucesion de los ascendientes, ora testada, ora intestada: las que examinamos ahora y que reunimos para un solo comentario, porque así lo exije su naturaleza, ordenan y regulan la sucesion de los colaterales. Si en aquella habia sido indispensable que interviniese el espíritu que animaba á las leyes de Toro, á fin de cortar dudas, terminar incertidumbres, esclarecer puntos oscuros ó mal concertados, en esta otra no era ménos necesaria una intervencion igual, que descartase lo que de ningun modo debia subsistir, y que fijase la norma de lo que en principio se podia estimar como conveniente y como justo. La sucesion tradicional y la teórica de los colaterales presentaban aun más diferencias y aun más contradicciones que las análo-

gas de los ascendientes: ¿cómo, pues, había de ser posible no completar la obra, cuando se había puesto en ella mano con inteligencia y con decision?

2. Veamos ante todo, segun nuestra costumbre, cuál había sido el derecho tradicional en la sucesion de los colaterales, y de qué manera había querido sustituirlo el teórico de las Partidas.

3. Lo primero que debemos decir es que los colaterales no fueron nunca sucesores forzosos, *ex testamento*. Lo fueron los descendientes, segun las leyes y costumbres perpétuas de Castilla: lo fueron los ascendientes, segun la legislacion doctrinal traida de Bolonia; pero en cuanto á los colaterales, hermanos, tios, sobrinos, en toda la extension de sus lineas, ni los remotos ni los próximos, nunca tuvieron semejante derecho, ni por costumbre ni por ley. El que no tuvo otros parientes que ellos, pudo dejar á cualquier extraño sus bienes y su representacion. Los moralistas discutieron unos con otros si hacia ó no hacía bien: los jurisconsultos le reconocieron unánimes semejante plena facultad.

4. Es, pues, de la sucesion *ab intestato* de la que tenemos que hablar en este instante, porque solo respecto á ella es en la que había habido diferencias, y solo ella es la que vinieron á acabar de ordenar estas leyes de Toro.

5. Segun el Fuero-Juzgo, la sucesion intestada de los colaterales se regía por los siguientes principios: 1.° Tienen derecho de heredar los parientes de esas lineas hasta el séptimo grado inclusive. La ley no reconoce más grados de linaje (1); y cuando no se encuentra persona alguna que esté en ellos, suceden el cónyuge al cónyuge, y la iglesia ó convento á los que pertenecen á él, ó están dedicados á su servicio (2).—2.° Entre los diversos parientes colaterales del difunto, la herencia corresponde á los más próximos, con exclusion de los que no lo son tan-

(1) L. 7.ª, tít. 1.°, lib. IV.

(2) Leyes 11.ª y 12.ª, tít. 2.°, lib. IV.—Además de esta ley que establece el derecho del cónyuge como heredero, por decirlo así, trasversal ó colateral, se halla en el Fuero-Juzgo otra (la 15.ª, tít. 2.°, lib. IV) que da á la viuda derechos en union con los hijos, en tanto que no se casa. De esta ley trataremos más detenidamente en el Comentario á las XIV y XV de Toro. La citamos desde luego, porque no se suponga que no la hemos tenido presente.

to (1).—3.° El derecho de suceder es igual en varones y en hembras (2).—4.° Los hermanos únicamente de padre ó de madre concurren á la herencia de su medio-hermano, segun las reglas de la sucesion troncal (3).—5.° Los sobrinos, cuando son herederos *ab intestato*, suceden *in capita*, esto es, por iguales porciones (4).—Como se ve por este resúmen, aquella legislacion era sistemática y completa, habia tomado con amplitud de las tradiciones romanas, y podia llenar casi de todo punto las necesidades de un pueblo civilizado é inteligente.

6. Vengamos ahora al Fuero Real. Este no tiene, indudablemente, las propias aspiraciones de completo ni de sistemático; mas á pesar de ello, da reglas y establece principios para esa sucesion de los colaterales. «Quando alguno muriese sin manda (sin testamento)—dice la ley 10.ª, tit. 6.° del libro III,—partan igualmente los hermanos, asi en la heredad del padre, como de la madre, *como de los parientes que son en igual grado.*» Y la 13.ª añade lo que sigue: «Si el que muriere sin manda é herederos naturales, hobiere sobrinos, fijos de hermanos, ó de la hermana, por más propinquos, todos partan la buena (la herencia) del tio ó de la tia por cabezas, magüer que del un hermano sean más que sobrinos del otro: ca pues iguales son en el grado, iguales deven ser en la particion. Y esto mesmo sea de los primos ó dende ayuso, que hobiesen derecho de heredar lo del muerto.»

7. Heredan, pues, los hermanos, heredan los sobrinos, heredan los primos, heredan los descendientes transversales. En esto no hay duda. Parece que deben heredar excluyendo los más próximos á los más remotos: si no se dice claramente, se indica por lo ménos (5). Pero ¿hasta dónde llega el derecho de que tratamos? ¿Cuál es su término y su límite? ¿Son siempre los siete grados del Fuero-Juzgo? ¿Subsiste despues de estos el de la mujer ó el de la iglesia, ó entra, sin contar con ellos, el Estado? ¿Qué tenemos, por último, acerca de la reversion troncal, tan atendida en los siglos medios, cuando las tradiciones de familia eran mucho más respetadas que en los presentes?—Pre-

---

(1) Leyes 3.ª, 4.ª y 10.ª

(2) Leyes 1.ª y 10.ª

(3) L. 5.ª

(4) L. 8.ª

(5) Tambien se deduce de la ley 11.ª

guntas son estas á las que cabría contestarse con más ó ménos fundadas opiniones, pero que no recibirian en realidad ninguna respuesta satisfactoria por solo el texto del Fuero en que nos venimos ocupando.

8. Fué necesario que se pasase á la legislacion de las Partidas, para volver á tener, en este como en otros puntos, algo de bien resuelto y bien cabal. Más sistemático, más completo por lo comun en todas sus partes, que el código de los Visigodos, no era posible que dejase de serlo en un punto de tanta gravedad é importancia como la sucesion de estas líneas de travieso, que tan continuamente ocurre en la práctica de todos los dias. Los derechos romano y bizantino se habían ocupado mucho en ella, siguiendo , segun las épocas, diversas y aun encontradas normas: nuestro D. Alfonso, que los consultaba y los copiaba, no podía ménos de seguirlos con todo interés en sus investigaciones y resoluciones, si bien tomando por modelo, como era natural, las últimas, ménos gentilicias, ménos formularias, más acomodables á la índole de los tiempos que ya corrían y de la sociedad que esos tiempos habían desarrollado. No la primitiva legislacion quiritaria de Roma, sino la comparativamente moderna de las Auténticas del Bajo Imperio, era la que debía inspirar á los jurisconsultos de Bolonia ó de Sevilla en la reproduccion, ó imitacion al ménos, que se proponían por aquel instante.

9. Segun esa antigua legislacion, la quiritaria, á que acabamos de referirnos, los colaterales que tenían derecho de suceder *ab intestato* eran los agnados del difunto, ellos sólo, sin concurrencia de ningunos más. Los cognados estaban excluidos, ó relegados por lo ménos á cuando no hubiese agnados que pudieran suceder. Y esto era una consecuencia legítima de todo el derecho de las personas, de toda la constitucion de los linajes en la gran república:—donde la mujer no se elevaba al igual del hombre en el hogar doméstico; donde casándose no se hacía su compañera sino su hija de familia, casi diríamos su esclava, su cosa; los parientes por el lado de esa mujer no podían tener derechos semejantes á los parientes del lado del hombre, que eran los de la tribu, de la gente, en que había entrado ella por su casamiento, y á que correspondían de un modo exclusivo y legal los hijos que en su consorcio procreasen.

10. Sólo la relajacion de las antiguas costumbres, sólo la gradual, paulatina extincion del primitivo espíritu, sólo la sustitucion de lo que era más humano á lo que fuera originariamente más romano, fué lo que comenzó á debilitar primero,

á acabar despues con esas distinciones de lo agnaticio y de lo cognaticio. Las leyes, sin embargo, resistieron por mucho tiempo, por un número de siglos bien considerable; y ántes de que se abrogaran ó reformaran, se vieron descartadas ó eludidas por los medios supletorios reconocidos en aquella sociedad. En el más extenso periodo de los anales romanos, la sucesion intestada, cuando no hay descendientes ni ascendientes, es sólo para los colaterales agnados por el ministerio de la ley; es para los colaterales cognados, conjuntamente con aquellos, por el ministerio y oficio del pretor. El derecho civil la da á los unos: el derecho honorario les agrega los otros: en realidad, en práctica, es para ambos. Si la constitucion de la república atiende rigorosamente á la familia, las idéas de la humanidad no desatienden ni permiten desatender al parentesco: la fórmula cede como siempre ante la realidad; lo *stricti juris* se retira poco á poco, pero se retira en fin, ante las necesidades de la buena fé.

11. Todavía, aun en medio de esos recursos y de esa práctica, no era completamente igual la condicion de los agnados y de los cognados. El derecho escrito que ha admitido á los unos, extiende sus llamamientos hasta el décimo grado de consanguinidad: el derecho pretorio que abre la puerta á los otros, limita sus beneficios y su indulgencia hasta el sexto únicamente. La equidad, por más que se pretenda justa, no ha osado igualarse con la plenitud de la norma escrita y de la justicia. Solo cuando una verdadera ley los execue á todos y los llame indistintamente á todos, será cuando los unos y los otros concurran á esa herencia de un modo absolutamente idéntico.

12. Sucedió al cabo así por el derecho de las Auténticas. Entonces, bajo la monarquía democrático-imperial de Constantinopla, todo vestigio del antiguo orígen se había completamente borrado; Roma no era sino un nombre, un mero recuerdo: sus viejas instituciones no solo no se conservaban, pero ni siquiera se comprendian. El emperador pudo escribir como la cosa más natural del mundo las siguientes palabras, que habrian escandalizado no solo á Camilo y á Escipion, mas aun á Paulo y á Ulpiano: *in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus.*

13. Bajo la influencia de tales doctrinas vino el derecho civil á Bolonia: bajo la misma le conocieron en España los doctores que reunia D. Alfonso el Sabio para ordenar y formar su gran enciclopedia jurídica que llamamos las Siete Partidas. Ya no existian verdaderamente en el incontestable modelo ni la ag-

nacion ni la cognacion; y mal habian de restablecerlas los que se proponian copiarlo, cuando tampoco las encontraban de hecho, por lo ménos en una parecida forma, ni en las idéas ni en las costumbres de la castellana sociedad.

14. Hé aquí, pues, la sucesion intestada de los colaterales, segun la teoría de las Partidas, resumiéndola en breves proposiciones, cual hicimos ántes con la del Fuero-Juzgo.—1.ª Los hermanos del difunto suceden conjuntamente con los padres ó los abuelos (1).—2.ª Los hermanos y los hijos de hermanos suceden á un tiempo á su hermano y tio (2).—3.ª Más allá de los sobrinos, hijos de hermanos, no hay derecho de representacion en la línea transversal (3).—4.ª Cuando suceden de una vez tios y y sobrinos, la sucesion es *in stirpes* (4).—5.ª Cuando suceden sobrinos solos, la sucesion es *in capita* (5).—6.ª Los hermanos de padre y madre y sus hijos, excluyen á los hermanos y sus hijos de padre ó de madre tan solo (6).—7.ª Los hermanos de padre y los hermanos de madre del difunto, cuando son solos y concurren para heredarle *ab intestato*, suceden por razon de troncalidad (7).—8.ª La sucesion transversal se extiende hasta el grado décimo; despues de ese límite sucede el cónyuge (8). Pero si un marido rico dejase viuda una mujer que no lo fuere, deberá ésta heredar hasta la cuarta parte de los bienes de aquel, con tal que no excedan de la suma de cien libras de oro (9).—Creemos que no hay más en el expresado código; ó por lo ménos que no hay más que merezca conocerse, en la materia de que estamos hablando.

15. Sentado esto así, ya se comprenderá fácilmente y por un obvio cotejo en qué puntos concordaban y en qué puntos disentian las Partidas con y de la antigua legislacion española. La semejanza es sin duda la que resalta más á primera vista; los principios tomados en globo son evidentemente análogos, ya que no idénticos:—seguro es que la vieja tradicion romana

(1) L. 4.ª, tít. 13.º, P. VI.
(2) L. 5.ª
(3) Ley citada.
(4) Idem.
(5) Idem.
(6) Idem.
(7) L. 6.ª
(8) Idem.
(9) L. 7.ª

habia influido no poco en el Fuero-Juzgo, y se habia conservado incólume en los reinos de Castilla, quizá porque esa misma tradicion llenaba mejor que ningun otro sistema las instintivas inspiraciones de la naturaleza humana. Mas aun reconociendo esa analogía, las diferencias son tambien notorias: no son completamente uno mismo entrambos sistemas: no fué de todo punto lo consignado por D. Alfonso aquello que venia siendo ley y siendo práctica en sus estados.

16. Hé aquí, tambien por resúmenes, y en la limitada esfera de los principios, las disidencias de una y otra doctrina.—1.ª La sucesion de los colaterales no se acumula jamás con la de los ascendientes, segun las leyes godo-españolas y puramente castellanas. Por el contrario, segun las de las Partidas, suceden con los ascendientes mismos los hermanos y los hijos de los hermanos.—2.ª En la sucesion colateral, los parientes mas próximos excluyen siempre y sin excepcion á los más remotos, con arreglo al texto y al espíritu de aquellas. Por el contrario, segun estas, los hijos de los hermanos tienen derecho de representacion, excluyen á los medio-hermanos, y concurren con los otros tios á la sucesion del tio difunto.—3.ª El límite de la sucesion colateral es, por la ley del Fuero-Juzgo, el séptimo grado: en el Fuero Real no se señala; las Partidas le fijan en el décimo.—4.ª y última. El derecho de suceder en los cónyuges viene, con arreglo al Fuero-Juzgo, despues de los parientes del séptimo grado; con arreglo á las Partidas, despues de los del décimo. Pero estas admiten álgo de que hemos hecho mencion más arriba, y que no encontramos en las leyes puramente españolas; esa cuarta marital, dentro de las cien libras de oro, que consigna la ley 7.ª, tít. 13.º, P. VI, citada poco hace.

17. No nos detenemos á buscar más diferencias. Conocemos las que existian en los principios entre una y otra legislacion, y eso es lo único que nos importa, lo único que tiene interés para el Comentario que estamos escribiendo. Por lo demás, los Fueros á que hemos aludido, son códigos concisos que no entran en largas explicaciones, miéntras que las Partidas se complacen en desenvolver su obra, y en razonarla con elegante abundancia. Aquellos son el producto de siglos ménos ilustrados; éstas resumen todo el saber de una época en la cual se había estudiado mucho, reflexionado mucho, adelantado mucho. Por eso cabalmente toda comparacion que no fuese sobre principios, sería entre aquellos y estas una comparacion imposible y absurda.

II.

18. Tal era el estado de nuestro derecho respecto á la sucesion colateral intestada, despues que se promulgaron y tuvieron fuerza las Partidas de D. Alfonso. Pero nuestros lectores recuerdan que al dársela las Córtes de Alcalá, reinando el otro D. Alfonso, el XI, el de Algeciras, dispusieron de una manera terminante que no fuesen atendidas ni consultadas sino en defecto de las antiguas españolas. De donde nacía, segun este precepto, que ántes de ajustarse á ellas y de resolver los casos que ocurrieran por su tenor, era indispensable acudir al Fuero Real, que como hemos visto, decía poco, y segun nuestra creencia al Fuero-Juzgo, en aquellos distritos en que era guardado y observado. Lo cual, trayendo desde luego variedad, dudas y contradicciones, en un punto tan grave como éste de la sucesion, pedía bien á las claras que se fijase en ello la vista, y se resolviese álgo para ponerlas término, ya que se emprendia semejante obra por los Reyes Católicos á demanda y peticion de las Córtes.

19. Hé aquí, pues, el motivo y el propósito de las dos leyes que vamos comentando. Como todas las del mismo cuerpo de derecho, vienen á resolver entre diversos sistemas: como casi todas, son una transaccion racional entre las encontradas teorías que inspiraran ántes, unas la legislacion tradicional castellana, otras la legislacion doctrinal de D. Alfonso el Sabio.

20. Estas leyes disponen: 1.º Que la sucesion intestada de los colaterales no se mezcle ni concurra jamás con la de los ascendientes.—2.º Que en la tal sucesion han de concurrir los sobrinos con los tios, y que la herencia se ha de repartir para unos y otros *in stirpes* y no *in capita*.

21. De manera, que en un punto rechazan la doctrina de las Partidas, sosteniendo la antigua española, la que había consignado el Fuero-Juzgo y supuesto el Fuero Real. Y en el otro punto, por el contrario, admiten el derecho de representacion en los sobrinos, hijos de los hermanos, ya para que concurran á heredar con sus tios, ya para que sucedan *in stirpes* con estos: con lo cual aceptan la doctrina de las mismas Partidas, y la anteponen á la antigua castellana, que no reconocía tal representacion ni division.

22. Poco tenemos que hablar sobre el primer extremo; esto es, sobre la total separacion para suceder entre ascendientes y colaterales. Ya la suponía, ya la consignaba aunque de un modo implícito la ley sexta, que antes hemos examinado: ya la hemos supuesto y consignado nosotros en el exámen mismo que consagramos á su tenor. Los legisladores, sin embargo, no han querido que quede sobre ello la menor duda, y por eso lo dicen en la séptima con las más terminantes palabras: «El hermano, para heredar *ab intestato* á su hermano, no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.»

23. Y verdaderamente que si el padre ó el abuelo son herederos forzosos, de tal manera que aun en testamento es indispensable instituirlos, y el hermano no lo es tal, y puede preferirse ú olvidarse sin inconveniente—(doctrina que es la de la ley de Partida),—no alcanzamos con qué razon, con cuál consecuencia, se les ha de igualar en la sucesion intestada, trayéndolos á heredar de consuno y por iguales partes al que ha muerto sin otorgar ninguna disposicion. Parécenos que era esta una ligereza ó una reminiscencia no bien justificada del código de D. Alfonso; y creemos que es más consecuente, como más racional, la ley que examinamos, distinguiendo bien para todos los casos, lo que se distinguia siempre en alguno, y lo que en ninguno á la verdad debe confundirse.

24. Por lo demás, observemos y consideremos las palabras del texto en cuestion. «El hermano, *para heredar ab intestato á su hermano*, no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.» ¿Qué quiere decir ese giro particular que se empléa? ¿Qué significa esa especie de condicion que se pone, de suposicion que se hace, para declarar imposible su concurrencia con los padres y abuelos? ¿Quiere decir, por ventura, si no puede concurrir para eso, que puede concurrir con ellos en otro caso? Si *ab intestato* no han de heredar juntos, ¿cabrá que hereden juntos por última voluntad del que es á un propio tiempo hermano é hijo?

25. Cabe sin ningun género de duda, y esto es naturalmente lo que ha querido decir la ley de Toro. El hermano puede ser instituido heredero juntamente con el padre, como puede serlo aun el extraño propio. Ninguna ley lo prohibe. Lo que el derecho manda es que se respeten las legitimas de los ascendientes, que no se mengüen, que en ellas no se dé parte á nadie. Pero esas legitimas son los dos tercios de los bienes del hijo, y nada más. El otro tercio es plenamente suyo, para hacer de él lo que

quiera; puede dejarlo á su hermano, como puede dejar para su alma los bienes que le componen; puede dejarlo por herencia, como puede dejar por legado esos mismos bienes. Será la herencia de un tercio, pero herencia será sin duda alguna; y si el hermano la recibe por testamento, heredero será con el ascendiente, sin que la ley que examinamos impida semejante concurrencia.

26. Pasemos ya á la siguiente disposicion que hemos señalado; á la de la ley octava, que reunimos en este Comentario con la séptima.

27. Queda dicho que en este segundo particular, en la concurrencia ó no concurrencia de los sobrinos con los tios para heredar al tio y hermano difunto, y en la manera con que en tal caso se debiese repartir la herencia entre ellos, pareció mejor el derecho de las Partidas que el antiguo derecho godo-castellano, y se resolvió por tanto á favor de él la contradiccion que entre el uno y el otro se notaba. Prescindióse un poco de la suma proximidad, extendióse un poco el llamamiento de la ley, y no solo vinieron á suceder al intestado que no tenía padre sus hermanos que viviesen aún, sino tambien con ellos los hijos existentes de otros hermanos que hubiesen fallecido con anterioridad, dejando tal descendencia. Hubo, en una palabra, *representacion* para suceder á los tios, como siempre la hubiera para suceder á los abuelos. Álguien que no era realmente de los más propincuos fué igualado con esos más propincuos, ocupando el lugar de su padre, que entre ellos se contaría si fuese vivo por ventura. Y como era natural, admitido este principio, la consecuencia de la representacion, la forma divisoria por razon de ramas, el reparto por grupos á que llamaban los juristas *in stirpes*, fué admitido y declarado necesario, siempre que ocurriera la eventualidad, prevista y aceptada por esta decision. Cuando el difunto dejase hermanos y sobrinos hijos de hermanos, el reparto de sus bienes se había de verificar agrupando los sobrinos que fuesen hijos de cada uno, y dando para todos ellos la porcion que habría llevado su padre si viviese. Así como se partiría el caudal de una persona que dejase hijos y nietos, así se habría de partir el de un hermano y tio que dejara hermanos y sobrinos.

28. Tal es en principio la disposicion de la ley. Si conocida ya, se nos preguntase lo que sobre ella pensamos, no titubearíamos un momento en aprobarla, salvo el que la estimemos ó no la estimemos completa. Las reglas para la sucesion legítima se

han de tomar en buenos principios del presunto racional amor de los que mueren intestados, y de lo que inspire la conveniencia pública sobre el modo de repartir sus bienes. Ahora bien: ni puede presumirse que un hombre que carece de hijos y de padres no ame á sus hermanos y á los hijos de sus hermanos, igualmente á estos que á aquellos; ni hay, que alcancemos nosotros, ninguna razon de utilidad para estrechar tanto el primer círculo de la familia, que, incluyendo en él á los unos, deba excluirse por oposicion á los otros. La naturaleza ha indicado pocos afectos como el de los tios á los sobrinos: quizá, si bien se observa, es todavía más comun que el de los hermanos á los hermanos. Y las razones son sencillas: de una parte, no hay entre aquéllos las rivalidades y opuestos intereses que suelen existir entre estos otros; y de otra, el cariño comun, natural, espontaneo, desciende más bien que sube, ó que horizontalmente, por decirlo así, se dilata. Es esta una consecuencia fisiológica de que vivimos hácia adelante, y un síntoma profundo de nuestro anhelo de inmortalidad. ¿Por qué, pues, no había de venir el sobrino con el tio á la sucesion del otro tio difunto, cuando éste probablemente le amaba tanto como á su hermano, cuando debe presumirse que le habría instituido como á su hermano, cuando los intereses familiares están igualmente vivos en él que en el propio hermano? De seguro tenían razon las Partidas en este particular; y de seguro hicieron bien las leyes de Toro aceptando en principio su doctrina, y prefiriendo y sancionando sus preceptos.

III.

29. El texto de la ley octava que estamos examinando puede dar lugar á varias cuestiones. Sencillamente, y segun acostumbramos en casos semejantes, vamos á exponer las que nos ocurren, y á procurar al mismo tiempo resolverlas.

30. La primera es: de qué hermanos y de qué sobrinos ha entendido hablar el legislador; si solo de los que comunmente se llaman *enteros*, es decir, hermanos de padre y madre, sobrinos hijos de hermanos de padre y madre,—ó bien de hermanos de padre ó madre tan sólo, y de sobrinos que puedan venir de ellos.

31. No es un mero capricho, no es una voluntariedad gratuita esta cuestion. Saben nuestros lectores, y lo hemos dicho nosotros más arriba, que segun el precedente derecho, el que las leyes de Toro venían á esclarecer y ordenar, la condicion de

unos y otros hermanos estaba léjos de ser idéntica. Los primeros eran preferidos á los segundos: miéntras había de aquellos, estos no tenían derecho á percibir nada como tales sucesores *ab intestato* (1). Pues bien: si la condicion era diversa, si su lugar en los círculos de la familia era posterior y más apartado, ¿sería por acaso imposible que al hablarse de los unos no hubiera querido hablarse tambien de los otros? ¿Faltará por lo ménos algun motivo, alguna razon, para preguntar si se ha dispuesto para entrambas clases lo que se ha dispuesto?

32. Reconociendo, empero, que puede hacerse esta pregunta, no vacilamos un instante en responder á ella, entendiendo la ley como materialmente suenan sus palabras. Los hermanos sólo de padre ó de madre son tambien hermanos: los hijos de estos son tambien sobrinos: de lo que la ley dice con una expresion general no se puede excluir ni á los unos ni á los otros. Lo que hay, sí, es que cada categoría vendrá en su caso, y que cada órden de sobrinos concurrirá con el de tios que le sea correspondiente. Ante todo vienen los hermanos de padre y madre, y si hay sobrinos de la misma calidad, con ellos y al par de ellos deberán venir. Cuando tales hermanos no haya, cuando tales so-

(1) Esta es la doctrina de las leyes de Partida, como vimos ántes, la que se enseña en las escuelas, la que se practica constantemente en los reinos de Castilla. Un jurisconsulto distinguido (el Sr. D. Manuel Silvela) la ha impugnado con energía y con copia de razones, en cierto folleto que publicó en Paris. Nosotros hemos leido y meditado su obra; y si bien no nos convence en la totalidad de lo que asegura, nos hace creer, sin embargo, que en algo ha sido ligera la comun opinion, pronunciándose tan absolutamente por la doctrina que señalamos como general. Quizá sería más conforme á nuestro verdadero derecho que los mediohermanos fuesen execuados á los hermanos enteros *en la sucesion de aquellos bienes que tenian del padre comun*. No nos parece dudoso, ántes bien lo dejamos indicado más arriba, que así lo dispone el Fuero-Juzgo, de cuya autoridad comparativamente con la de las Partidas hemos hablado en el Comentario de la ley primera de Toro.

Queremos limitarnos á esta indicacion, reconociendo como reconocemos que existe ya hoy una jurisprudencia ó una costumbre que difícilmente podrá alterarse á no ser por un derecho nuevo, y teniendo en cuenta que ese problema es ageno al círculo de nuestro trabajo. Las leyes de Toro nada disponen, nada resuelven sobre él. La cuestion de unos y otros hermanos entre sí es de todo punto extraña á su doctrina: puede resolverse de cualquier modo, y la ley de Toro hará siempre lo mismo; llamar al sobrino conjuntamente con el tio, y darle el derecho que habría tenido su padre, cualquiera que fuese este derecho.

brinos tampoco, entónces vendrán los hermanos que no lo son enteramente, los de padre y los de madre, y con ellos y al par de ellos tambien los sobrinos que hubiere de otros idénticos hermanos. La asimilacion del sobrino con el tio, la representacion para heredar al lado del tio, es universal en todos los órdenes, pero dentro de cada órden, y sin unir á los unos con los otros. El hijo del medio-hermano no ha de concurrir con el hermano entero: aquel, el medio-hermano, tampoco ha de concurrir con el hijo de éste. Á cada una de estas categorias su lugar, porque eso no lo ha variado la ley que examinamos; pero dentro de toda categoría la representacion, porque ninguna de ellas ha sido excluida ni exceptuada por la presente ley.

33. Segunda pregunta ó segunda dificultad. Los sobrinos de que habla nuestro texto ¿son solo los hijos de hermano, ó lo son tambien los nietos de hermano, hijos de un hijo ya difunto?

34. Segun el Diccionario de la lengua castellana, la palabra *sobrino* no tiene tan dilatada significacion: sobrinos son únicamente «los hijos de hermano ó hermana, primo ó prima.» Mas, con perdon sea dicho de nuestra Real Academia, parécenos á nosotros que esa voz se extiende algo más, y que los hijos de esos primeros sobrinos llevan tambien el mismo nombre que sus padres; si no se llaman sobrinos, no sabemos qué son, ni cómo ha de llamárseles en nuestro idioma. Sobrinos de seguro los apellida el uso, autoridad mayor que las de todas las academias, autoridad *quem penès arbitrium est et jus et norma loquendi*. Así, pues, bajo ese punto de vista, la dificultad no es grave á nuestros ojos: el texto material de la ley, que dice *sobrinos* y no dice hijos de hermanos, favorece en nuestro dictámen, no la restriccion, sino la extension de su precepto.

35. Y sin embargo, todos hemos leido, todos hemos escuchado en las escuelas aquel dicho comun que se nos ha presentado como un axioma: *ultrà filios fratrum non datur representatio*. ¿Es tal axioma, verdaderamente, esa máxima? ¿Será, por el contrario, y con especialidad en nuestro patrio derecho, una de tantás vulgaridades sonoras que no resisten al exámen, y que se desvanecen cuando se quiere ensayarlas y probarlas ante la ley y ante la razon? (1)

---

(1) Si *filios* en esa máxima significara descendientes, lo cual sucede alguna vez, ni ella obstaría á nuestra inteligencia, ni tendríamos más que reconocer su completa exactitud. ¿Sería esto en su orígen, y se la habrá restringido y falseado despues?

36. No nos atrevemos á asegurarlo, por más que nuestro propio juicio nos lo haga sospechar. La generalidad de los pragmáticos creen que solo los hijos de los hermanos son los que concurren con estos á heredar al tio y hermano difunto; y nosotros, desconfiando siempre de toda idéa que por más que nos seduzca es contraria á la opinion comun, vacilamos delante de ese obstáculo, y dudamos de lo que nos dice nuestra individual, nuestra natural inteligencia. Quizá habrá razones que no divisamos nosotros, cuando todos piensan de un modo diferente. Y si bien esto solo no puede convencernos, hácenos sin duda cautos para que no califiquemos duramente una doctrina contraria á nuestra doctrina.

37. Pero la nuestra, la que concebimos, la que nos satisface es sin duda alguna la de que la palabra *sobrinos* no significa aquí sólo hijos de hermanos, sino hijos, nietos, descendientes directos de tales hermanos. Y nos inducen á creerlo así diferentes causas. La primera, que, como se ha dicho ántes, tal es la verdadera acepcion usual de ese vocablo. Si no quería dársela la ley, ¿para qué lo usó sin correctivo que le restringiese? ¿Por qué no dijo, cual las leyes de Partida han dicho muchas veces, los hijos de los hermanos?—La segunda razon nos la ofrece la naturaleza de la representacion misma. Parécenos á nosotros que cuando existe, que cuando há lugar á ella (lo cual siempre sucede descendiendo), existe y há lugar de una manera absoluta é ilimitada. Á un padre, que es á quien se representa siempre, lo mismo le representa el hijo que el nieto, que el quinto nieto. La ley ha considerado en estos casos la marcha natural de los seres vivientes, que se procrean y se reemplazan; y en ese descenso por donde se lleva la humanidad, no ha encontrado un punto de obstáculo para que sólo hasta allí dure esa obvia, esa necesaria sustitucion de unas personas en lugar de otras personas. Así, suponiendo que en el caso de que hablamos la representacion tuviera un limite,—el de los primeros sobrinos, el de los hijos de los hermanos del difunto,—sería esta una idéa y una particularidad anómalas y discordantes con cuantos otros casos de representacion nos ofrece el estudio de las leyes. Ahora bien: esa anomalía, esa discordancia, ¿deben fácilmente admitirse, cuando no hay un precepto legal en que se funden, ni un argumento poderoso de donde se deriven? Á nosotros nos parecería siempre que no, aunque nos quedásemos solos para ello en el estadio de la jurisprudencia.

38. Si se añade á estas dos razones una tercera razon, to-

mada de los motivos que deben haber impulsado á conceder en favor de los sobrinos la ventaja de que tratamos al presente,— la concurrencia con sus tios para suceder *ab intestato* á otros,— confesamos con sinceridad que acaban de disiparse nuestras dudas, ó que, por lo ménos, nos afirmamos mucho en la opinion que venimos exponiendo. ¿Por qué causa, preguntaremos, la ley de Partida primero, la ley de Toro despues, han admitido á suceder juntamente con los hermanos á alguien que estaba más remoto que ellos, quebrantando así la antigua inflexible regla de los más propincuos? Ya lo hemos dicho en números anteriores. Las reglas de la sucesion intestada se toman del presunto racional amor que tendrían los finados, y tambien de las idéas más prudentes acerca del modo de dividir los caudales. Por eso, como ya notamos, se ha hecho venir á los hijos de los hermanos en union con sus tios: ha parecido por una parte que el difunto los amaria como á ellos, y se ha estimado por otra que era conveniente cierta igualdad dentro de la familia, por decirlo así, más íntima, más inmediata. Pues bien: las propias razones concurren en favor del sobrino hijo del sobrino, en favor del nieto del hermano, quedado huérfano por la muerte prematura de su padre. ¿Le querrá ménos, por ventura, aquel á quien se trata de heredar? ¿Se quiere acaso ménos á los nietos que á los hijos? ¿Ó está más lejos en el circulo de la familia, cuando falta su padre y él le reemplaza en todo género de consideraciones?

39. Tales son, sencillamente expresados, los motivos en que se funda nuestra opinion. Las palabras de la ley no la rechazan: el espíritu de la ley la admite: los motivos de la ley la recomiendan. Sabemos bien que no es la creencia vulgar. Pero ¿no se han visto algunas veces juicios comunes que se han desvanecido ante la luz, y doctrinas que llegan á ser muy ciertas, habiendo comenzado por paradojas?

40. Otra tercera y gravísima dificultad nace en nuestro derecho, con motivo de esta ley octava de Toro. Sus palabras textuales, como hemos visto, consisten en que sucedan los sobrinos *ab intestato* con los tios (á otro tio difunto) *in stirpes*, esto es, por ramas, y no *in capita* ó por partes iguales. No hay pues duda, no hay pues cuestion, cuando al fallecimiento del intestado quedan á la vez hermanos y sobrinos para sucederle. Mas ¿y si no quedan del difunto sino sobrinos, y deben suceder ellos solos? ¿Y si los hay que procedan de hermanos diversos? ¿Y si existen á la par esos primeros sobrinos con nietos que

vengan de otros hermanos, toda vez que se siga la opinion favorable á estos últimos, que acabamos de sostener? ¿Qué se hará, qué se practicará en casos semejantes? ¿Se repartirá tambien *in stirpes*, ó se repartirá *in capita* la herencia? ¿Sucederán como herederos los más próximos, y por iguales partes, ó existirán tambien aquí la representacion y sus efectos, dividiéndose el caudal desigualmente entre ellos todos, si bien con igualdad para cada rama?

41. La opinion de los autores no ha sido en esto tan general como en la duda precedente: uno y otro sistema han contado con defensores y con patronos. Y sin embargo,—tambien es fuerza reconocerlo,—la doctrina que sostiene una reparticion igual, la division *in capita*, entre solos los primeros é igualmente próximos de todos los sobrinos posibles, ha sido, y con mucho, la más seguida en los libros, la más enseñada en las escuelas, la más aplicada, si no la única aplicada en los tribunales. Fáltanos ver si es la que tiene más títulos á los ojos de la razon legal.

42. Hacen indudablemente en favor de este sistema, no sólo el texto explícito de las Partidas, sino tambien el del Fuero de D. Alfonso, que uno y otro la consagran. «Mas si este que moriesse sin testamento (dicen las primeras), non aviendo ascendientes ni descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos an entre sí por cabezas egualmente» (1).—«Si el que muriere sin manda é herederos naturales (dice el segundo) hobiese sobrinos, fijos de hermanos ó de la hermana, por más propinquos, todos partan la buena del tio ó de la tia por cabezas, magüer que del un hermano sean más que sobrinos del otro: ca pues iguales son en el grado, iguales deven ser en la particion» (2).—Como se ve, los textos son terminantes; los preceptos del uno y del otro código no admiten duda.

43. Mas aun conociendo esto, nuestros lectores advertirán álgo que disminuye, por no decir que extingue, su fuerza. Primeramente, la ley del Fuero-Real no podía disponer otra cosa que lo que hemos visto dispone: ella no admitía á los sobrinos con los hermanos; ella no se separaba nunca de la propincuidad; por ella no cabía la sucesion *in stirpes*, jamás ni en caso

(1) L. 5.ª, tít. 13.°, P. VI.
(2) L. 13.ª, tít. 1.°, lib. IV.

ninguno. No puede ser, pues, ella un obstáculo para la más ó ménos amplia inteligencia de la de Toro, que admite un sistema de heredar desconocido entre sus sistemas.

44. En cuanto á las leyes de Partida, inspiradas por una teoría á la par extraña é insegura; conteniendo preceptos que repugnaban á todas las teorías españolas, cual lo era la concurrencia de la sucesion lateral con la de los ascendientes; y relegadas por la del Ordenamiento y la primera de Toro al lugar que hemos expuesto en otro punto de este Comentario, no es para nosotros gran dificultad lo que ordenen, ya en el caso de no estar conformes con nuestras antiguas prácticas, ya en el de parecer reformadas por leyes nuevas, ó siquiera por el espíritu de leyes nuevas.

45. Á reformarlas, á disolver sus dudas, á fijar lo que ni por unas ni por otras estaba bien claro, vinieron indudablemente las leyes de Toro. Estas séptima y octava, en que nos ocupamos ahora, desempeñaron un papel de escogimiento y eclectismo en medio de las encontradas disposiciones que regian ántes. En álgo siguieron el espíritu del Fuero Real: en álgo aceptaron la doctrina de las Partidas: ¿era imposible, por ventura, que separándose de aquel y de estas, añadiesen tambien álgo suyo propio, consecuencia natural de esa misma doctrina que como principio aceptaban?

46. La ley octava está mal redactada, sin ningun género de duda. Si se queria únicamente decir con ella lo que supone la creencia comun, esto es, que los sobrinos heredan *in stirpes* cuando concurren con los tios, y que lo hacen *in capita* cuando están solos, la fórmula empleada debió naturalmente ser otra, que así lo declarase desde luego. La ley pudo decir en este caso: «Mandamos que cuando sucedan *ab intestato* los sobrinos con los tios, lo hagan *in stirpem* y no *in capita.*» Si se queria decir lo contrario, y extender la sucesion *in stirpes* á los mismos sobrinos aun estando solos, tambien fué viciosa la redaccion, y tambien se debió usar una que lo dijera con claridad. La ley pudo decir en tal supuesto: «Mandamos que los sobrinos sucedan á sus tios *ab intestato* juntamente con los hermanos; y que con estos ó ellos solos hereden *in stirpem* y no *in capita.*» La redaccion de la ley es, evidentemente, anfibológica: por eso es la incertidumbre, por eso es la cuestion, por eso caben opiniones diferentes.

47. Pero una cosa es segura, en medio de todo ello. El derecho de suceder *in stirpes* se reconoce, alguna vez siquiera, á

los sobrinos herederos de un difunto: sobre esto no puede disputarse. Y si es así, parécenos á nosotros que para limitar ese derecho al caso en que concurran con los tios, hermanos de aquel; para exijir que sólo en tal eventualidad se atienda, y no se le tenga presente en ninguna otra, serian necesarias razones que no tenemos en el texto en cuestion; palabras ó decisivas, ó por lo ménos más inductivas de esa idéa que las que le componen. Toda vez que está reconocido, aceptado, el principio, la lógica manda (presumimos nosotros) que tenga sus naturales consecuencias, como no haya una limitacion que las anule ó las embarace. Esta es, á nuestro juicio, la doctrina racional y la doctrina legal: esto es lo que demandan de consuno el buen sentido y la ciencia del derecho.

48. Juzgamos, pues, que desde los primeros expositores de estas leyes, fueron mejor encaminados los que comprendian la octava como una declaracion del derecho de representar en las lineas colaterales, no limitada al caso de concurrir tios y sobrinos, sino extensiva á toda la sucesion de estos. Tales fueron el juicio y la opinion de Antonio Gomez, cuya razon era tan clara, y cuya autoridad ha sido tan grande. Mas á pesar de ello, la creencia contraria fué desde luego más general: los textos que citamos más arriba consiguieron mayor influjo; y el comun de los doctores arrastró en pos de sí á la práctica; y el parecer que estimamos en sí mismo más fundado, seguro, dejó de serlo por virtud de una interpretacion consuetudinaria que le es desfavorable. Hoy por hoy, si esa misma interpretacion puede ponerse en duda en las meditaciones del gabinete, difícilmente se combatirá con éxito en la realidad del foro, aun esforzando las rázones que le son adversas.

49. No obstante lo cual, como nosotros no escribimos para ningun caso dado, como no desconocemos lo que dificulta ó se opone á nuestro juicio, y como al mismo tiempo no podemos ni debemos prescindir de nuestra razon, creemos estar autorizados para repetir que esa doctrina vulgar ni nos intimida ni nos convence, y que el dictámen de Antonio Gomez es tambien en este particular nuestro propio dictámen. Explicando, aconsejando, juzgando (si tal fuera nuestro derecho y nuestro deber), estimaríamos que los sobrinos que suceden solos á un tio difunto, concurren á la herencia por causa de representacion, y deben repartirla entre sí *in stirpes*, con arreglo á la doctrina de esta ley de Toro.

50. Lo diremos otra vez, y mil si es necesario. No compren-

demos que la representacion, que el derecho de heredar *in stirpes* sean cualidades que se tomen y se dejen, que se adquieran y se pierdan por circunstancias externas y accidentales. Ó las hay ó no las hay en determinadas personas, segun su posicion familiar: si las hay, no pueden dejar de tenerlas en los casos en que hayan de concurrir; si no las hay, no vemos cómo las puedan tener en ninguno. ¿Alcanzan á los hijos de los hermanos? ¿Alcanzan á los sobrinos del difunto que murió sin testamento? Pues en el caso de la afirmativa, lo mismo les deben alcanzar cuando concurren entre sí solos que cuando concurren con otros tios. Para negarlo fundadamente sería menester que nuestra ley lo dijera de un modo irrecusable, como quizá lo dijo la de Justiniano; y nuestra ley, volvemos á observar que será anfibológica, que será dudosa, pero con una expresion clara y abierta seguro es que no lo dice. Entre el principio que afirma y la anfibología que duda, nosotros estamos por el principio, por la lógica, por la razon, aunque nos encontremos solos, ó al ménos poco acompañados. No nos asusta la soledad, cuando nos ilumina el convencimiento.

51. Cuarta duda, y no ménos grave, con motivo de esta ley. Fallece intestada una persona, y no deja hermanos. Quédanle sobrinos, hijos de estos, nietos de estos; pero esos sobrinos no están solos: á la par con ellos hay tios del difunto, tios tambien de esos sobrinos que quedan. Esos tios indudablemente están en el propio grado que los sobrinos hijos de hermano, en el tercer grado civil; están en un grado más próximo que los nietos de los hermanos del difunto, pues que estos nietos se hallan en el cuarto. ¿Cuál será el derecho para la sucesion? ¿Heredarán los tios del difunto á la par con sus sobrinos, los hijos de sus hermanos? ¿Excluirán á los segundos sobrinos, nietos de estos? ¿Serán excluidos, por el contrario, por la línea lateral descendente? Y si no hay exclusiones, y si suceden todos, ¿cómo se ordenará y se repartirá la herencia?

52. Hay un autor, que hemos citado antes, jurisconsulto de fama y de saber, que creyendo como nosotros que el objeto de esta ley ha sido declarar el derecho de representacion en las líneas de los hermanos, deduce de tal principio que los individuos de ellas, hijos ó nietos, en tercero ó en cuarto grado, son preferidos y excluyen al tio del causante, que existiera cuando murió éste, el cual se hallaba en tercero. «La línea descendente (dice) siempre se estima más próxima que la ascendente, aun entre los colaterales mismos: siempre es preferible á ella, en su

derivacion justa y natural. El hijo del hermano representa á su padre, y toma su lugar y su vez por el precepto de esta ley, ora concurra con otro hermano vivo, ora con los hijos de otro hermano muerto; luego tambien debe representarle en cotejo con ese tio de que hablamos, y excluirle como su padre le excluiría en el caso de que viviera. Y no se diga, añade, que la representacion concedida á los hijos de los hermanos es sólo para concurrir con otros hermanos del difunto; porque si vale en perjuicio de esos, que son más próximos, ¿cómo no ha de valer en perjuicio de los tios del mismo difunto, que están más lejanos, y son de consiguiente posteriores en derecho?»

53. Estas razones tienen, á nuestro juicio, suma fuerza; y despues de la resolucion que hemos dado á las dudas precedentes, casi nos es imposible no mirarlas como decisivas. La tienen todavía mayor, y se corroboran con nuevos argumentos, cuando, aceptada por un instante la creencia contraria, se trata de practicar lo que segun ella deberia realizarse. Supongamos, en efecto, que una persona muere, que no deja hermanos, pero que le quedan á la vez hijos de dos de estos, y un tio, hermano de su padre ó de su madre. Si los sobrinos no excluyen á este tio, por lo ménos heredarán con él: como él se hallan en el tercer grado civil; él no puede excluirlos de ninguna manera. Ahora bien, preguntamos nosotros: ¿de qué modo se ha de dividir la sucesion? ¿Qué parte ha de llevar el tio? ¿Cuál cada uno de los grupos de sobrinos, cada linea descendiente de cada uno de los hermanos?

54. Tal herencia ¿habrá de dividirse *in stirpes*? Parece que sí; porque dejamos dicho que los hijos de hermanos deben suceder siempre de ese modo. Parece que sí, aunque no se siguiera esta doctrina; porque al ménos es indispensable profesarla cuando los sobrinos concurren con tios, y en el caso que suponemos, claro es que con un tio concurren. Para decir que no, sería indispensable restringir la inteligencia de la ley aun mucho más de lo que la hemos restringido hasta ahora; limitar su sentido á los tios de una sola especie, esto es, á los tios hermanos de padre ó madre, y admitir casos de concurrencia entre los parientes que se llaman con los nombres que ella usa, y á los cuales no serían aplicables las disposiciones que ella da. Decimos, pues, á nuestro juicio, que sí: que pues hay tio y sobrinos, conjuntamente herederos por la hipótesis, *in stirpes* y no *in capita* es como se deberá dividir entre todos la herencia. Mas sentado esto, inmediatamente preguntamos lo que sigue: ¿y cómo

se hace esa division? ¿Y cómo se entiende el reparto por ramas, por líneas, *per stirpes*, cuando no hay un punto de partida de donde procedan esas estirpes, esas ramas?

55. La division entre hermanos es una division natural, una division por iguales partes. La division entre hermanos y descendientes de hermanos, la division entre estos descendientes solos, es tambien una division natural: cada grupo lleva con justicia lo mismo que el otro ó que los otros, porque cada grupo representa un hermano ni más ni ménos. Pero aquí, en el caso de la hipótesis, ¿cómo, repetimos, se ha de hacer esa division? El tio del difunto, que viene á heredarle, ¿ha de llevar lo mismo, ó ménos, ó más, que cada uno de los grupos de sus sobrinos? ¿Lo mismo? ¿Por qué? ¿Llevaría ese tio lo propio que el hermano al que representa cada cual de aquellos? No; porque con el hermano, el tio no podría concurrir, no podría heredar: entre el hermano y él no hay concurrencia; el hermano le excluye del todo. ¿Más? ¿Ménos? ¿En qué principio, en qué ley se fundaría esta superioridad ó esta inferioridad? ¿Cuánto debería ser lo más ó lo ménos que llevase? ¿Cuál el criterio para decidirlo?

56. La dificultad, como vemos, es insoluble. Si el tio del intestado ha de concurrir con los sobrinos del intestado, porque son igualmente próximos uno y otros; y si estos han de suceder en estirpes, ya porque deban suceder así siempre, ya porque aquí concurren con un tio,—caso al parecer terminante de la ley de Toro,—la consecuencia es una imposibilidad práctica, que no se desata de ningun modo racional, prudente, aceptable.

57. Una de dos cosas, pues; porque fuera de ellas no hay medio efectivo de cumplir la ley. Ó es forzoso restringir la inteligencia de ésta al extremo posible; limitando contra toda lógica sus preceptos al escasísimo resultado que tienen en la práctica ordinaria; entendiendo que no habla de otros tios que de los hermanos del difunto, ni de otros sobrinos que de los hijos de los hermanos; aceptándola no como la expresion de un principio, sino como la concesion de un mero privilegio; reduciéndola, en fin, á mucho ménos de lo que materialmente dice:—ó si se toma con más científica amplitud, si se busca su razon, si se demandan sus consecuencias, es necesario darla todo el alcance que la daba su antiguo comentador Antonio Gomez, admitiendo con él la resolucion del caso que figurábamos en favor de la linea colateral descendente, y contra la linea colateral ascendente, aunque sea ésta de idéntica ó mayor proximidad

que la otra. Lo uno ó lo otro es de todo punto indispensable. Lo primero da resultados más fáciles; lo segundo es de una naturaleza más elevada. Aquello debía ser y ha sido más vulgar; esto debe halagarnos con preferencia á los que buscamos sobre todo en las leyes la razon, el espíritu, la filosofía de las leyes. Parécenos no poder dar una muestra de imparcialidad mayor que llamando á nuestra creencia la más verdadera, y á la creencia contraria la más probable. Juzgamos, en efecto, tener razon; pero sabemos y no ocultamos que la mayoría no opina como nosotros, y somos modestos como siempre ante el sentir de la generalidad, aunque no nos convenza ni nos seduzca.

IV.

58. Por cuanto hemos dicho en este Comentario, se puede inferir nuestro completo juicio acerca del derecho que establecieron las leyes de Toro en la materia de las sucesiones colaterales. Dijimos ántes de ahora que aprobábamos su espíritu y su tendencia. Pero ya debemos añadir que no llenaron su propósito ni su deber; que no declararon con la competente lucidez lo que querían; que si resolvieron ciertas cuestiones, dieron ocasion á otras desconocidas hasta entónces, y que han podido agitar é incomodar hondamente nuestra sociedad, como la incomoda cuanto es dudoso é inseguro en el gravísimo asunto de la transmision de los bienes.

59. Dos caminos, dos sistemas racionales podía haber frente el uno del otro en esta materia de la sucesion colateral: el de las antiguas leyes godo-castellanas, que llamaban crudamente al agnado ó cognado más propincuo, sin que viniese jamás ninguno representando á otro; y el que ya se había apuntado en las Partidas, concediendo la representacion á la descendencia de los hermanos. Si se quería aquel, no había que hacer otra cosa sino dejar vigente la regla comun inserta en la primera ley de Toro, segun la cual no podía regir el derecho de esas Partidas en concurrencia con el propiamente español; y aun si esto no se estimaba bastante, dictar algo análogo á lo que se había hecho en la ley séptima para contrariar otra de las innovaciones alfonsinas. Mas si por el contrario, se quería aceptar ese sistema de la representacion, por lo mismo que en aquellas estaba manco é incompleto, era forzoso á buena luz consagrar á él algo más que

dos renglones, fijando su naturaleza, desenvolviendo su índole, explicando y declarando su alcance. Buena es sin duda la concision en las leyes, pero no tanta que se caiga por ella en oscuridad.

60. Nosotros habríamos admitido este sistema, este derecho. Nosotros habríamos distinguido cuidadosamente en la sucesion colateral dos eventualidades distintas, y empleado dos reglas, una para cada cual. Nosotros no hubiéramos confundido en ningun caso con cualesquiera otros parientes ni á los hermanos, ni á los hijos y nietos de los hermanos del difunto. Ántes de los tios, ántes de los primos, ántes de lo que viniese por un orígen más remoto, y sin que jamás pudiera confundirse con ello, pondríamos á las líneas de esos hermanos, enteras, completas, hasta la postrer generacion. En nuestras idéas, es esto algo de sucesion cuasi directa, cuasi descendente, cuasi no colateral. Solo cuando no hubiera tal descendencia de hermanos, llamaríamos á los demás colaterales, prefiriéndolos segun fuesen propincuos. En aquella primer categoría la representacion rigorosa, *stirpes*: en esta, la proximidad tambien rigorosa, *capita*.

61. No es del caso ni el exponer ni el fundar nuestras razones: no lo es tampoco el censurar á la ley porque haya podido seguir otro sistema. Por lo que la censuramos es porque no se sabe cuál ha seguido: porque viniendo expresamente para resolver dudas, ha dejado en pié, ó ha producido, por mejor decir, más que las que ántes existian. Si son de gravedad y de difícil resolucion las que hemos examinado anteriormente, nuestra censura está completamente justificada para cuantos hayan podido conocerla.

V.

62. De las cuatro diferencias capitales que señalamos entre la legislacion godo-castellana y la legislacion de las Partidas, las dos primeras se habian tratado de dirimir por estas leyes de Toro:—ya no concurririan jamás, segun ellas, los colaterales con los ascendientes; ya gozarian los sobrinos de cierto derecho de representacion, mayor ó menor á medida que se estimara como un principio ó como un privilegio, pero siempre real, al ménos en ciertos casos. En cuanto á las otras dos, estas mismas leyes no dijeron nada. La duda de cuál había de ser el límite de la sucesion colateral, si el grado séptimo ó el grado décimo; la

no menor duda respecto á la sucesion del cónyuge, limitada por los fueros á la completa despues de todos los colaterales, ampliada por las Partidas á una parcial despues de los del cuarto grado; estas cuestiones, decimos, quedaron en pié, ó sujetas sólo á las reglas generales de la ley copiada del Ordenamiento, porque nada se dijo, nada se advirtió ni dispuso acerca de ellas.

63. Y sin embargo, estos puntos eran capitales, y bien merecían que se hubiesen destinado algunas lineas á su resolucion. Las sucesiones *ab intestato* son cosa demasiado comun: la distancia del séptimo al décimo grado no es tan insignificante: la situacion de muchas viudas no tan poco digna de interés. Nosotros creemos que la inteligencia, la opinion general de aquel siglo debía ser, en esta parte, la de que estaban vigentes las leyes de Partida y no las del Fuero-Juzgo. En otro caso, imposible es que no se hubiese tomado alguna resolucion para corregir lo que era ménos humano, ménos caritativo, más severo.

64. Pero el hecho es que entrambos puntos quedaron olvidados por entónces, y que pasando el tiempo surgieron y se autorizaron nuevas doctrinas. El derecho de la viuda se fué desvaneciendo por el desuso; y en vez de heredar sin contradiccion los colaterales hasta el décimo grado, comenzaron á ponerse obstáculos á tales sucesiones, primero en parte por las Órdenes Redentoras, despues en el todo por los intereses del fisco. Para aumentar el mal, la Instruccion de Mostrencos del siglo último usó de tales palabras, que bien pudo creerse, segun ellas, que no existía herencia *ab intestato* más léjos que hasta el cuarto grado colateral. El décimo de las Partidas, el séptimo del Fuero-Juzgo, quedaban en la práctica reducidos á ése; siendo indispensable más allá seguir un pleito con el Estado, bajo las eventualidades de un incierto derecho y de una dudosa resolucion.

65. Algo se ha mejorado ese punto por la ley de las Córtes de 16 de Mayo de 1835. Si no ha resuelto ésta las cuestiones que hemos visto surgen de las de Toro, lo ha hecho por lo ménos con las dos que aquellas no trataron. El límite de la sucesion colateral se ha fijado expresamente en el grado décimo, como ya lo hicieron las Partidas; y dentro de esa propia sucesion se ha dado un puesto claro al cónyuge superviviente, colocándolo con ciertas condiciones despues de los parientes del cuarto grado. Así, hay claridad por lo ménos en estos problemas; y aun puede decirse que si no todos, se han remediado algunos males.

66. Pero los otros problemas, pero las otras dudas que ántes hemos examinado, y quizá alguna más en que no hemos querido

entrar porque no se refiere directamente á las leyes de Toro; todo eso ha quedado en pié y clama por una resolucion soberana. Es un hecho grave el de que en estas materias de sucesion haya lo más mínimo cuestionado é incierto. La ley que en todo particular debe ser clara, parece que tiene más obligacion de serlo en aquello que es su materia de todos los dias: por lo ménos, si no hay más obligacion, hay de seguro más necesidad. Y no basta que las opiniones comunes suplan ese defecto hasta cierto punto; porque la opinion no es más que opinion al cabo, y llega un dia en que pugna con intereses cuantiosos y respetables, y en que hallando estos un intérprete de talento y de autoridad, se ponen en litigio aun las creencias que parecian más aseguradas. No: la autoridad sola del número y de los hechos no es lo que satisface á nuestra sociedad moderna: en la emancipacion que hemos presenciado de la razon individual, todo lo que no sea la soberana es impotente para someterla á su yugo. Al antiguo «así se ha hecho,» se opondría el reciente «pues ha debido hacerse de otro modo;» que no son tantos en el dia de hoy los que ó por modestia ó por desengaño dicen lo que nosotros frecuentemente decimos: «tal vez me engañaré, cuando el mayor número piensa lo contrario de lo que yo pienso.»

LEY NOVENA.

(L. 5.ª, tít. 20.º, lib. X, Nov. Rec.)

Los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*, en caso de que tengan sus madres hijo, ó hijos, ó descendientes legítimos: pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrían disponer por su alma; y no más, ni allende. Y en caso de que no tenga la mujer hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó spurios por su órden y grado le sean herederos legítimos *ex testamento* y *ab intestato*; salvo si los tales hijos fueren de damnado y punible ayuntamiento de parte de la madre; que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*. Pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no más, de lo que podían disponer por su alma: y de la tal parte, despues que la ovieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisiesen. Y queremos y mandamos que entónces se entienda y diga *damnado y punible ayuntamiento*, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó freiles, ó de monjas profesas: que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley

que hizo el Sr. Rey D. Juan el I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos.

LEY DÉCIMA.

(L. 6.ª, TÍT. 20.º, LIB. X, NOV. REC.)

Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le puedan mandar más de la quinta parte de sus bienes, de la que podian disponer por sus almas; y por causas de dichos alimentos no sea más capaz èl tal hijo ilegítimo. De la qual parte, despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte fazer lo que quisiere ó por bien tuviere. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.

LEY UNDÉCIMA.

(L. 1.ª, TÍT. 5.º, LIB. X, NOV. REC.)

Y porque no se pueda dudar quáles son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion;

con tanto que el padre le reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola. Ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.

COMENTARIO.

I.

1. La ley sexta de Toro había regulado la sucesion de los ascendientes: la séptima y la octava, que acabamos de examinar, la de los colaterales: éstas en que entramos ahora, ordenan la de los hijos ilegítimos. Como veremos despues, la duodécima da reglas para la de los legitimados. Solo la sucesion de los hijos naturalmente legítimos (ya lo dijimos más arriba) no había menester por aquella época ni explicacion, ni modificacion: racional y completamente establecida desde la monarquía goda en sus bases esenciales, conservada sin interrupcion por los fueros castellanos, demostrada en principio por la teoría doctrinal de las Partidas, ninguna necesidad ofrecía de declaracion ni variacion, aparte las cuestiones de mejoras y de vínculos, á que habremos de venir en su oportuno lugar. Por eso no hallamos ninguna ley que la toque ni aun que la consagre: la mejor consagracion, la mayor sancion era no hablar en este punto ni una sola palabra, cuando se le tenía por perfecto, y no había ni necesidad ni aun conveniencia de alterarlo.

2. No así, repetimos, en los otros particulares, en los otros órdenes de sucesion. Queda visto ya lo que pareció hacer en las lineas ascendentes y colaterales; y vamos á examinar en este momento lo que se ordenó para las descendentes ilegítimas.

3. De los hijos ilegítimos, pues, de su naturaleza y de sus clases, de su aptitud y su derecho, es de lo que nos corresponde hablar ahora. Á ellos se refieren estas tres leyes, que reunimos en un capítulo solo, á fin de dar á nuestro Comentario, sin desnaturalizarlo, cuanta regularidad, cuanto órden, cuanta perfeccion nos sean posibles.

4. Ante todo, y para procurar ese órden mismo, vamos primero á investigar lo que por tales hijos ilegítimos se entiende,

enumerando y refiriendo sus diversas denominaciones, señalando sus distintas índoles, y formando con ellos los varios grupos en que los colocan la razon ó la ley. Despues de esto, inquiriremos lo que acerca de su capacidad y de sus derechos en la familia ordenaba la antigua legislacion, así la puramente española, como la doctrinal ó de D. Alfonso. Y en tercer lugar, y como término y complemento de nuestro trabajo, no solo habrán de examinarse las modificaciones é innovaciones realizadas por estas leyes de Toro, el derecho novísimo, actual, que de ellas parte y en ellas se funda, sino resolverse tambien las dudas á que su texto haya dado orígen, ora por el mero efecto de sus palabras y disposiciones propias, ora por su confrontacion y combinacion con las reglas generales de nuestra jurisprudencia y con los principios comunes de toda justicia.—Grave é importante como es la materia en que nos ocupamos, no queremos que decaiga bajo nuestra pluma ni en gravedad ni en interes.

5. Llámanse hijos ilegítimos aquellos que no nacieron de justas, verdaderas, por lo ménos existimativas nupcias, y que no se han legitimado por los medios que señalan las leyes. Son seres desgraciados, á quienes la razon pública no reconoce una familia agnaticia, perfecta y legal, por más que la tengan en la naturaleza: son personas de triste condicion, que no vienen al mundo, que no se elevan en la sociedad hasta el pleno y absoluto goce de los derechos que ésta otorga á los que le son presentados y entran en ella con arreglo á sus leyes.

6. Claro está por sí propio que los hijos ilegítimos han de ser de varias y distintas clases. De los verdadera y primitivamente legítimos es desde luego evidente que no puede haber más que una sola: cuando los padres han cumplido con lo que el precepto social les demandaba, todos los frutos de su enlace, todos sin ninguna distincion, poseen el lleno de las cualidades que constituyen la legitimidad, como el de las consecuencias que de ella se derivan. Respecto á los legitimados, en el Comentario de otra ley habremos de tocar semejantes cuestiones. Mas en los ilegítimos de que hablamos al presente, como que su índole y los efectos de su índole se causan por no existir las condiciones del derecho en sus padres ó en la union de sus padres, obvio y notorio es que segun falten más ó ménos de las mismas, que segun sean de mayor ó menor importancia las que no hubiesen existido, así será tambien distinta en naturaleza, distinta en nombre, distinta en resultados, la ilegitimidad que los

alcanzare y afeare. El justo matrimonio es la perfeccion, una, como ésta lo es siempre: las uniones ilegales son otras tantas imperfecciones diversas, más graves ó más leves, desde lo disculpable hasta lo monstruoso, y produciendo diferentes efectos en toda la extension de su escala ó de su órbita.

7. Viven juntos un hombre y una mujer, solteros ó viudos, libres los dos, que no tienen embarazo ni religioso ni civil para contraer matrimonio: viven en un enlace tan íntimo y tan público (*concubinato*), que solo le falta la bendicion de la Iglesia, para ser el contrato y el sacramento que se designan con aquel primer nombre. Sus hijos, todo el mundo los conoce como tales: ni ellos los ocultan, ni les niegan esa calidad y denominacion. Pero claro es que son hijos ilegítimos, por más que su condicion respectiva sea la ménos desfavorable en la esfera á que pertenecen. Si no se confunden con otros de la misma en el disfavor de la ley, porque tienen un padre conocido, porque son producto de la menor culpa entre todas estas culpas, disfavor padecen al cabo comparados con los de matrimonio, como que media todo un abismo entre ellos y estos: el abismo que separa el órden del desórden, lo justo de lo injusto, lo legal de lo que no lo es.

8. Pero no todo concubinato se halla en esas propias condiciones. El concubinato no es álgo disimulable sino cuando se verifica entre personas libres de suyo. Tambien un hombre ó una mujer que no lo son pueden vivir apartados de sus legítimos cónyuges, y unidos á personas con quienes no podrian contraer matrimonio. Ese concubinato, entónces, léjos de ser una circunstancia favorable para la descendencia, es sólo un escándalo más que los padres arrojan á la sociedad en que viven, un estigma más que graban en la frente de sus desgraciados hijos. Nada tienen que agradecerles éstos porque así hayan vivido en público consorcio: su ilegitimidad no dejará de ser la que se deduzca de las respectivas posiciones de los padres; y solo les resultará de aquél una nueva vergüenza, en el ánimo de los que hubiesen visto y conocido tanto desprecio de la justa opinion del mundo.

9. Aquel otro hombre y aquella otra mujer, libres ó no libres, no vivieron en concubinato, residian en distintas casas, veíanse sólo como amantes consecuentes, como amantes únicos que eran.—De los dos que siguen, aunque fuesen libres tambien, ni aun puede decirse que hubiera entre ellos constantes y exclusivas relaciones. Reuniólos un acaso, una locura, un capri-

cho; separólos la reflexion ú otro accidente como el que los había acercado. Tal vez ella se entregó á varios hombres: de seguro él no la guardó fidelidad. Si el mundo supo que ella era madre, no supo de la misma suerte, ni aun con datos de probable creencia, quién habia sido el padre de sus hijos.

10. Más allá habitaba otra mujer, objeto de desden y de lástima, á quien una educacion viciosa, unas necesidades apremiantes, una seduccion nunca harto condenada, corrompieron y arrojaron en el vicio. Recibió en su casa ó en las agenas á cuantos la quisieron ver, y tuvo un hijo sin saberse de qué padre. No solo lo ignora el mundo, sino que aun quizá ni lo sabe ella misma, en medio del desórden á que se entregaba.

11. Aquella otra madre lo sabe; pero no puede, no debe descubrirlo jamás: porque no solo es el suyo un hijo de debilidad, de defecto, de vergüenza, sino que es verdaderamente un hijo de delito. Era ella casada, y habia cometido adulterio, dándose al hombre que la hizo fecunda, con gran pena á los ojos de la ley.—Era él un sacerdote, un diácono, un monje profeso, que en un instante de olvido y de pasion habia quebrantado los votos más solemnes, é incurrido en severas censuras.—Eran él y ella parientes, hermanos, que, confundiendo cariños, daban ó podian dar al mundo un espectáculo triste y doloroso.—Eran, en fin, álgo más íntimo, álgo más próximo aún, horrenda recordacion de las monstruosas fábulas de Yocasta y de Mirra. Que todo es sin duda posible en nuestra imperfeccion y en nuestra debilidad: que de todo somos capaces estos pobres seres, tan frágiles á la par que tan soberbios, que nos llamamos hombres!

12. Toda esta escala que acabamos de recorrer, todos esos grados, producto de la flaqueza, de la corrupcion, del delito, constituyen para los hijos la esfera de la ilegitimidad. Lo dijimos ántes, y podemos repetirlo más autorizadamente ahora: lo legítimo es uno, simple, idéntico á sí propio;—lo ilegítimo es vario, y corre en una larga serie, desde lo ménos á lo más criminoso, desde lo más hasta lo ménos excusable.

13. Conocida así la naturaleza y extension de la ilegitimidad, veamos ahora cuál es su tecnología. Entiéndese desde luego que la doctrina de las escuelas ha debido coordinar con nombres especiales esa triste serie, ó por lo ménos sus naturales grupos, segun la índole y el derecho de los casos. Y no solo lo ha hecho la doctrina, sino que los códigos propios, con especialidad el de las Partidas, han puesto mano en esta obra, usando,

declarando y definiendo los indicados nombres. Obligacion es nuestra el referirlos y explicarlos aquí del modo más claro y más breve que nos sea posible.

14. Aparte de la expresion absoluta y general, que es la de *ilegítimos*, vulgar y técnica al mismo tiempo, tan exacta como comprensible, encontramos en nuestro derecho, y debemos apuntar, las siguientes:—1.ª Hijos naturales.—2.ª Hijos bastardos.—3.ª Hijos notos, ó más bien nothos.—4.ª Hijos espureos.—5.ª Hijos mánzeres.—6.ª Hijos incestuosos ó nefarios.—7.ª Hijos sacrílegos.—8.ª Hijos adulterinos.—9.ª Hijos de dañado y punible ayuntamiento. No creemos que en las leyes se encuentren más; y si por ventura se encontrasen, no serán técnicas que hayan menester explicacion, sino modismos comunes en que la palabra declarará y patentizará la cosa.—Dicho esto, entremos á definir los expresados nueve nombres.

II.

15. La primera clase ó nombre de los hijos ilegítimos, aquella que formó siempre un grupo por sí sola, que alcanzó más consideracion de la sociedad y de las leyes, que separándose ménos de los nacidos en una union justa, casi constituyó una especie de término medio entre los frutos de esta, es decir, del matrimonio, y los de otras más reprobadas, es la que se denomina desde el derecho romano con la apelacion de hijos *naturales*. Su tipo y carácter primordial consistió en que los tales hijos fuesen procreados por personas libres, conocidas, que viviesen juntas, uno solo con una sola, y que si bien no estuvieran casadas por las fórmulas solemnes de la ley, se condujesen como si lo estuvieran, además de no tener impedimento alguno que hiciese imposible sus legítimas nupcias. *Natus et procreatus* (como decia una Auténtica) *ex unica concubina, retenta in domo, et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus.*

16. La razon de esta doctrina, abiertamente derivada de la antigua Roma, se concibe sin ninguna dificultad. El matrimonio legítimo, las justas, verdaderas nupcias, eran actos solemnes de derecho civil, que no todos podían querer contraer, de que no todos eran capaces. Al lado de él, como al lado de todo acto civilísimo, existía, y no podía ménos de reconocer la razon, algo humano, algo que no era exclusivo de Roma, ni debia estar caracterizado con aquella forma tan solemne. Esta idéa y esta

necesidad surgieron en casi todos los puntos sobre que la ley había puesto su marca, dando por lo comun ocasion á los edíctos de los pretores, y á todo el sistema de equidad que se llamó derecho honorario. Pues bien: producto fué de esa idéa, de esa tendencia misma, el considerar al concubinato entre las personas no impedidas por derecho de gentes de casarse, como una especie de cuasi-matrimonio, como álgo que supliera á éste en la línea de la naturaleza, ya que no en la línea perfectamente legal. Si faltaba á tales uniones la solemne intervencion del derecho, no podía desconocerse que, en todo lo demás, las circunstancias propias del humano consorcio estaban llenas y cumplidas. Un hombre y una mujer libres habíanse unido por su voluntad, vivían juntos, eran exclusivos el uno para el otro; no había vergüenza, no había crimen, bajo el punto de vista de los sentimientos naturales. Si la ley no hubiese inventado formas, la razon no habría pedido ninguna más á los individuos que se conducian de aquella suerte.

17. Tal era pues, en tales razones se fundaba el concubinato romano; y tal es, repetimos, la idéa típica de los hijos naturales, que en él tuvieron su orígen, que de él han traido su procedencia. Si más adelante vino el cristianismo, y elevó y santificó al matrimonio; si á la par le descargaba de fórmulas y le facilitaba el derecho romano moderno; si era consecuencia de lo uno y de lo otro el condenar al concubinato con una severidad que no pudieron tener las leyes primitivas; todavía, aun despues de todo eso, no fué posible ni á la opinion ni á los legisladores el cerrar los ojos ante las fragilidades humanas, ni el confundir con iguales reprobaciones, con iguales censuras, lo que por su propia naturaleza no es idéntico, sino que se clasifica en distintos órdenes de falta, de culpa ó de pecado. El cristianismo y las leyes de los pueblos modernos que de su espíritu se derivan, no autorizarán jamás nada que no sea el legítimo matrimonio; pero ni el cristianismo ni esas leyes pueden desconocer que la union de dos personas libres y sin impedimento no es tan grave ni tan pecaminosa como otras uniones, de las que ántes hemos hablado, ni tampoco que ese concubinato exclusivo produce una certidumbre de paternidad, que en vano se buscaría en distintas relaciones, más oscuras, más criminales, ó más pasajeras.

18. Así es que las leyes de Partida, en donde se reune constantemente la teoría romana con la doctrina canónica, vuelven á consignar las mismas idéas, y á señalar el idéntico tipo que

queda declarado. Segun ellas, es hijo natural el nacido de la propia barragana; y no hay más que leer el título 14.° de la cuarta Partida, para convencerse de que ésta, la barragana, es una mujer libre, no impedida de contraer matrimonio, la cual se concierta y une con un hombre de igual condicion, y vive con él exclusiva y maritalmente. Y téngase en cuenta que al escribirlo así D. Alfonso, no olvida un solo instante la rigorosa doctrina del cristianismo; pero es monarca de un estado, aunque lo sea de un estado cristiano, y calcula con razon que es fuerza á las veces cerrar los ojos sobre menores males, y conceder álgo á la debilidad, para disminuir las probabilidades tristísimas del escándalo y del crimen.

19. Ni para modificar, ni para alterar, ni para confirmar tampoco esta idéa primitiva de la filiacion *natural*, encontraremos nada en nuestras leyes de puro orígen español durante el periodo de la edad media. Lo cual no extrañarán nuestros lectores, cuando consideren que no eran aquéllos tiempos de mucha teoría, ni podian ser doctrinales los Fueros y los Ordenamientos que se daban á luz. Otra cosa que definiciones, hasta cierto punto sutiles, debia ser lo comun en tales siglos. Y si es verdad que de barraganas y de hijos de las barraganas se habla en sus leyes, no es menester más que considerarlos aun someramente, para advertir que esas barraganas no son sólo las amigas libres de hombres tambien libres, sino toda clase de mujeres que se dan á un varon solo, soltero ó casado, capaz ó no capaz de casarse con ellas. Ya hemos dicho ántes que puede haber concubinato, así como relaciones amorosas, entre personas de todas clases; y léjos de que fuese aquél más raro, ménos comun, en los siglos desde el X al XV, todo nos indica que eran aún más laxas entónces las costumbres, y que se veia sin repugnancia lo que no podría verse de ningun modo en la presente época.

20. No habia pues, hasta las leyes de Toro, otra definicion de los hijos *naturales* que la que hemos dado en los números anteriores. Sonlo, segun las de Partida, los hijos de las barraganas, entendidas estas como aquel código las autoriza, mujeres libres, compañeras únicas de hombres libres, viviendo maritalmente con ellos. Sonlo, segun la doctrina de las escuelas, los que designaba la Auténtica de Constantinopla: *Natus et procreatus ex unica concubina, retenta in domo, et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus.* No habia más definiciones, no habia más texto, no habia más autoridad.

21. Y sin embargo, como observarán nuestros lectores, en esas definiciones que son una misma, en esa idéa naturalmente compleja, se hallan y pueden bien señalarse circunstancias de diversa índole. La primera, y la que, sobre todo en el punto de vista cristiano, parece capital entre ellas, consiste en la libertad de los padres procreantes; en esa solucion en que se encontraban cada uno de estos, y los dos, de todo vínculo que les impidiese contraer matrimonio. Ese hecho es el grave en su favor; ese es el que atenúa, el que excusa su falta. Despues, y sólo despues, vienen los demás accidentes que completan la exigencia de la ley, y acaban de constituir la condicion y el derecho de los hijos:—que la mujer sea única; que habite en la casa del varon; que esos hijos propios sean indudablemente estimados como prole de ambos. El que sea concubina única da á la union una exterioridad de cuasi-matrimonio: el que habite con el padre produce un reconocimiento implícito pero muy significativo de la descendencia: el que ésta sea indubitada para el mundo, es el complemento, es la sancion posible de esos lazos que la ley no aprueba, pero que disimula y perdona. Mas la base fundamental de todo ello es, volvemos á decirlo, que los padres hayan sido libres, que el concubinato se haya verificado entre personas no impedidas de contraer un lazo legítimo, completamente justo. Cuando lo uno se reune á lo otro, dicho está siempre que la ilegitimidad no pierde su condicion, pero dentro de esa esfera es todo lo distinguida, todo lo ménos mala que puede suponerse.

22. Cabe tambien, y tambien ha sucedido en todos los tiempos, que esas circunstancias no se hayan acumulado, y que existiendo unas, no hayan venido á completarlas las otras. Y claro es que al suceder así, aunque existiese lo que hemos llamado más capital, si no existia con ello lo que nos ha parecido secundario ó accesorio, la *naturalidad* de los hijos no podia racional y legalmente sostenerse. La ley lo exigia todo, no haciendo en ello distincion, por más que el buen sentido encontrase disparidad y diferencia. Y seguramente esta observacion habia debido ocurrir á muchos; y seguramente las inspiraciones que de la misma se deducen, habían de haber logrado algun poder en la práctica; y seguramente existian dudas ó malestar á consecuencia de todo, cuando despues de haberse hablado en las leyes novena y décima de los hijos naturales como excepcion entre los ilegítimos, como contraposicion á los demás de esta índole, sigue la undécima escribiendo estas terminantes palabras:—«Y

porque no se pueda dudar quáles son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entónces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensacion; con tanto que el padre le reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola. Ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.»

23. Alteró, pues, indudablemente esta ley el antiguo derecho en la definicion de los hijos naturales: modificó las condiciones de su índole; dilató el círculo de su denominacion; favoreció á algunos que hasta allí no lo fueran, incluyéndolos en su clase, y concediéndoles sus derechos. Sin entrar por ahora en el exámen de varias dudas que el texto copiado ha hecho nacer, y que propondremos y resolveremos más adelante, es ocasion de que digamos álgo, aunque sea en breves resúmenes sobre una disposicion de tal importancia.

24. Había visto de seguro el legislador lo que un momento hace decíamos nosotros; que lo principal, lo esencial para que los hijos ilegítimos correspondiesen á este primer órden, consistía en que sus padres, al tenerlos, fuesen personas libres, capaces de contraer matrimonio. Á esto, pues, fué á lo que hizo base fundamental de su definicion. Descartó de ella el concubinato en una misma casa; descartó tambien el que las relaciones fuesen únicas. Y para sustituir ó reemplazar á lo uno y á lo otro, acudió á un medio que la razon indicaba, y que el buen sentido daba por bastante: tal es el reconocimiento del padre mismo. Cuando este reconocimiento existe, y existe tambien la libertad de los procreadores—(condicion forzosa como ántes queda expuesto, principio de que no se puede dispensar en ningun caso),—las condiciones legales están llenas, y la naturalidad de la filiacion es un punto sobre el que no cabe disputa.

25. Mas entiéndase que esta modificacion de la ley de Toro fué extensiva y no fué restrictiva; y no se vaya á pensar que porque sean hijos naturales los que ella dice, han dejado de serlo los que lo eran anteriormente con arreglo á las leyes de Partida. No; no es que se quiso por aquella anular y estrechar lo que éstas habían declarado: es que se amplió la declaracion, y que se facilitó á mayor número una condicion favorable. El concubinato verdadero, público, caía; las costumbres hacían difíciles esos hijos de barragana, nacidos y criados en las casas de los padres propios. Ó era menester dar amplitud á las condi-

ciones què los hacian naturales, ó la clase entera de los procreados por personas libres se iba á convertir en bastardos ó en espureos. Hizo bien la ley en que el concubinato pudiese ser reemplazado por el reconocimiento. Mas si por suerte y en alguna ocasion séguia existiendo el propio concubinato, si en el dia existiese, si un hombre y una mujer habitasen juntos, si ella fuese sola, si procreasen hijos que indubitadamente estimara el mundo por de los dos, hijos naturales de ellos serán, aunque no exista ese especial reconocimiento de que habla la ley de Toro, dado que se suponga que debe ser explícito, escriturado, solemne. Los hijos que ántes de esta ley gozaban de esa calidad, no la perdieron de seguro por ella: muchos que no la tenian son los que por ella la han adquirido, los que por ella la tienen y la gozan.

III.

26. Explicado como se acaba de ver lo que son los hijos naturales, con los que, volvemos á decir, forma el derecho un grupo, el primer grupo, entre los ilegítimos, vamos tambien á explicar lo que son las otras especies á que más arriba hicimos relacion, y que constituyen otros dos grupos entre todas. Fácilmente se comprenderá que constituyen uno de estos los que son hijos de vicio, ó cuando más de delito poco grave, y otro los que han sido procreados por una accion reconocida y declaradamente criminosa.

27. Tenemos aquí en primer lugar los *bastardos*. Esta voz, más que técnica, es del lenguaje comun: no procede de la doctrina romana, no está en las Partidas, y quizá se halla únicamente en la ley novena de Toro, y puede ser que en algunos fueros. En el idioma comun de la media edad se dicen bastardos los hijos de barragana que no son naturales; pero se les da por lo comun ese nombre con relacion al padre mismo, y á la familia del padre, y no con relacion á la madre, á la mujer de quien aquel los hubo. D. Enrique de Trastamara, D. Fadrique, D. Tello, eran hijos bastardos de D. Alfonso XI y hermanos bastardos de D. Pedro de Castilla. Son, pues, hijos reconocidos, pero de quien ni legalmente los podia tener, ni podía tampoco engendrarlos naturales. Son hijos de un hombre casado que tiene una manceba: son hijos tambien de un soltero, mas que no tenia á su madre por barragana verdadera y única, ántes de

que la ley undécima de Toro hubiese extendido á estos el beneficio de la naturalidad. *Bastardo* viene de *basto*, tosco, irregular, ilegítimo; pero indica siempre certidumbre en el padre. Cuando no es conocido éste, no cabe en el hijo semejante denominacion.

28. *Espureo*, hijo *espureo*, ó *espurio* del latin *spurius*, es otra cosa, ó por mejor decir, indica una relacion distinta. *Spurius* viene de S. P. (*Sine Patre*), con cuyas letras se marcaban en Roma á los que no le tenían conocido. En nuestra práctica, ese nombre se refiere á la madre, sea que el padre se conozca ó que no se conozca. Cuando ésta es una mujer libre, que ha padecido debilidad, pero que no se ha entregado á todos los hombres; cuando ha tenido flaquezas, pasiones, caprichos, pero no ha sido enteramente una mujer pública; los frutos de su caida toman en el mundo respecto á ella la calificacion que vamos explicando. Nunca se dice que alguno es hijo espureo de tal padre, sino de tal madre.

29. Por donde se ve que á un mismo hijo se le puede llamar espureo y bastardo, cuando el padre y la madre son conocidos,—(bastardo respecto á aquél, espureo respecto á ésta);—aunque tambien sea posible que solo le corresponda uno de tales nombres, porque sean ignorados, ya el padre, ya la madre de quienes proceden. Los que citábamos ántes, D. Enrique, D. Fadrique y D. Tello, *bastardos* de D. Alfonso XI, hijos *espureos* eran de doña Leonor de Guzman.

30. La expresion de *nothos* es de más dudoso sentido, y á la par mucho ménos interesante. Las leyes de Partida la hacen igual á hijos de adulterio, miéntras que otros escritores la execuan á hijos casi naturales, por lo ménos espureos ó bastardos. Mas de cualquier modo que haya sido en su orígen, su uso y su empléo han sido casi nulos, y no es ninguna su necesidad. Hemos debido notarla aquí por complemento de nuestra obra; pero ni pensamos servirnos de ella, ni se sirven en ningun caso las leyes que es propósito nuestro el exponer.

31. Hijos *mânzeres*, esto es, mancillados, son los que nacen de una completa prostitucion. *Vulgo quæsiti* les llámaban las leyes romanas, porque su padre era el vulgo, era la muchedumbre. Claro está, sin que lo digamos nosotros, que no hay que pensar en paternidad, cuando de tales desdichados se trata.

32. Hasta aquí, como se indicó más arriba, la nomenclatura de los hijos de debilidad, de vicio, de corrupcion: quédanos por decir la correspondiente á los que son más que eso, á los que son hijos de crímen. Y en esta tecnologia contamos en primer

lugar á los *incestuosos*, producidos por hermanos, por tios y sobrinos, por todos los parientes colaterales, en fin, que no pueden de ningun modo casarse, ó que no pueden hacerlo sin dispensa, y no la han logrado. En segundo, los *nefarios*, grado supremo de esa misma desgraciada cualidad, efecto horrible de uno de los extravios que lo son mayores en la humana naturaleza, prole de otras personas que ya tenian entre sí ese carácter mismo de ascendientes y descendientes (1). En tercero, los hijos *sacrílegos*, aquellos que deben el ser á sacerdotes, á diáconos, á religiosas, á personas ligadas con votos solemnes y públicos de castidad. Y en cuarto y último, los hijos *adulterinos*; los que nacen de mujer casada, que infiel á las más santas promesas, y hollando las mayores obligaciones, se entrega á otro hombre que aquél con quien contrajo matrimonio, y desgarra los lazos de la familia, fundamento de todas las sociedades. Como fácilmente se ve, las consideraciones que se han hollado, los deberes que se han infringido, el desórden moral que se ha llevado á efecto al concebir los hijos ilegítimos de esta tercera especie ó postrer grupo, son muy superiores á los que se quebrantaran en los otros dos: razon teníamos para decir que se trataba en él de álgo mas que de fragilidades, de álgo más que de tristes pero perdonables pasiones.

33. Hay todavía otra expresion, otro nombre, que tambien citamos arriba, y que pide algunos momentos de análisis: tal es el de hijos de *dañado y punible ayuntamiento.* Esta frase se había empleado ya en las leyes de Partida; y se vuelve á emplear y se define tambien en las de Toro. Hijos de dañado y punible ayuntamiento, en la legislacion romana, de donde se tomó semejante fórmula, tanto quiso decir como hijos de delito, hijos de crimen, hijos de padres que merecian castigo por su procreacion. Pero era notoriamente un poco vaga, y más propia de la doctrina que de la tecnología de las mismas leyes. Las de Partida quisieron ser más precisas, más exactas; y conservando la denominacion, la restringieron en su uso á los solos casos de sacrilegio y de incesto. Por último, esta novena de Toro, que quiso disipar todo género de dificultades, que se propuso resolver toda especie de dudas, escribió textualmente las palabras que vamos á copiar: «Y queremos y mandamos que entónces se entienda y diga damnado y punible ayuntamiento, quando la

(1) La palabra *nefario* se encuentra alguna vez en las leyes aplicada á los hijos adulterinos. En realidad es más vulgar que técnica.

madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.» Palabras que, segun se ve, tuvieron el propósito de cortar toda disputa, y que sin embargo exijen algun estudio, como no podrán ménos de comprender nuestros lectores.

34. Dos cosas, es evidente, se pueden preguntar respecto á ellas: una, tocante al tiempo en que estas leyes se redactaron; otra, tocante á los tiempos posteriores, al tiempo presente. Aquella es: ¿cuáles eran los casos en que una mujer, una madre, incurria por cierto ayuntamiento en la pena de muerte natural? Esta es á su vez: ¿qué debemos decir hoy de la definicion y del precepto de la ley de Toro, si por el cambio de nuestras leyes penales no son ya castigados tales ayuntamientos con la pena de muerte que los seguia entonces? ¿Se llamarán aún damnados y punibles? ¿Continuarán respecto á ellos los efectos civiles que esta ley establece?

35. Parécenos que al presente lugar no corresponde sino la primera de estas dudas, y que la segunda debe reservarse para otro más oportuno. Pero aquella sola es por sí demasiado grave. La legislacion no era siempre clara: las opiniones de los intérpretes no están conformes sobre su valor ó sus mandatos: las razones en que aquellos se fundan nos parecen en algunos casos de muy semejante autoridad. Como quiera que sea, debemos exponer nuestro sentir, apoyándolo en las leyes que nos sirven de base: por fortuna, nuestra equivocacion, si la padecemos, no puede causar irreparables perjuicios, toda vez que ni se trata de penas presentes, ni esas filiaciones, por decirlo así estigmatizadas, se declaran nunca de un modo público y oficial en nuestras sociedades modernas.

36. Los casos en que hubiera lugar á la muerte, como consecuencia legítima de un ayuntamiento criminoso, no podian ser á principios del siglo XVI más ni otros que los que siguen. Primero, el de adulterio; pues que segun las disposiciones del Fuero Real (1), de estas mismas de Toro (2), y aun alguna de las Partidas (3), la adúltera recibia legítimamente ese castigo en ciertos casos, siquiera no se lo impusiesen en todos los propios códigos. Segundo, el de incesto; pues que segun una ley de Partida (4), la incestuosa ha de estimarse pasible de las propias

(1) L. 1.ª, tít. 7.º, lib. IV.
(2) L. 82.ª
(3) Leyes 14.ª y 15.ª, tít. 17.º, P. VII.
(4) L. 3.ª, tít. 18.º, P. VII.

penas que la anterior, que la adúltera. Tercero, el de ayuntamiento por segunda vez de mujer cristiana con moro ó con judío. Aquí no hay razon de dudar: esta desgraciada, por más que sea extraño á nuestras idéas actuales, cae segun el propio código (1) en la misma pena. Cuarto y último, el de ayuntamiento de sirvientes ó esclavos de cualquier señor con las que sean su barragana, su parienta que viva con él, ó la nodriza de sus hijos. Tambien á éstas había declarado é impuesto castigo igual una ley del Ordenamiento, inserta despues en las Recopilaciones (2).—Creemos que no se encontrarán más casos que los apuntados: dudosos hasta cierto punto los dos primeros y el cuarto ó último, aunque parezcan más graves en nuestras idéas de hoy; pues que la muerte se presenta en ellos como una fatalidad á que se resigna, más bien que como una pena que impone el legislador: cierto é incuestionable el tercero, aunque lo tengamos por mucho más leve en las actuales costumbres, pues que en él la propia muerte es evidentemente tal pena, señalada con toda la inteligencia, con toda la conciencia, con toda la voluntad soberanas.

37. Ahora, sabiendo ya lo que eran los hijos ilegítimos, habiendo terminado sus clasificaciones, conociendo su nomenclatura, teniendo presente cómo se podían agrupar en el tiempo de las leyes de Toro y por las definiciones de éstas, pasemos á ver cómo los estimaron colocados en las familias y qué derechos les dieron en las propias familias, ya confirmando, ya modificando, ya resolviendo las dudas de cuanto disponía nuestra antigua y varia legislacion.

IV.

38. ¿Qué tenía ordenado en este particular nuestro propio, indígeno derecho de España y de Castilla? ¿Qué habian razonado, qué habian dispuesto, qué habian querido innovar y establecer las Partidas de D. Alfonso?—Hé aquí lo primero que debe examinarse en el punto en que estamos del presente Comentario.

39. La posicion en la familia comprende diferentes aspectos

(1) Leyes 9.ª, tít. 24.º, y 10.ª, tít. 25.º, P. VII.
(2) L. 2.ª, tít. 29.º, lib. XII, Nov. Recop.

ó relaciones. Un hijo tiene tal posicion, así por sus deberes como por sus derechos. Comienza siendo dependiente del padre, hallándose plenamente en su poder: continúa llevando su nombre, siendo criado, educado, sostenido por él propio, entrando en su clase social, usando—si las tiene—sus armas: concluye heredándole en sus bienes, sucediéndole en sus títulos, representándole en su personalidad entera. Sus obligaciones y sus acciones como tal hijo son la expresion legal de la condicion en que se halla.

40. Pues bien: al hijo ilegítimo, en general, la naturaleza puede imponer deberes y dar derechos respecto á sus padres; pero la legislacion,—y no sólo la nuestra, sino la de todos los paises cuya civilizacion nos es análoga,—le ha impuesto bien pocos de los primeros, y le ha concedido bien pocos de los segundos. Ya comprenderán, sin embargo, nuestros lectores que no ha sido ni podía ser igual el lote de las diversas clases; y que es necesario á veces proceder con separacion entre las mismas, para esclarecer de un modo oportuno la materia. Hablamos así, no sólo refiriéndonos á las leyes de origen español, sino igualmente al código doctrinal de D. Alfonso.

41. Los hijos ilegítimos—(y esto es general para sus categorías todas)—no estuvieron nunca sujetos á la verdadera patria potestad. Esta jamás procedió, segun la ley, para los padres que son los únicos que la disfrutan, del mero hecho de tener hijos, sino del derecho y de la justicia con que los tuvieron. Nació ordinariamente de las nupcias; nació de la legitimacion; nació, por último, de la arrogacion y la adopcion, que pudieron sustituirlas en el órden civil: no nació jamás, repetimos, de otras causas. Aun respecto al hijo natural, tenido en la concubina que residía con el padre, el poder de éste fué un hecho y no un derecho. La ley pudo cerrar sobre él los ojos; mas no lo sancionó, no creyó deber sancionarlo con su fuerza.

42. Y en ese particular ha sido idéntica en todas las épocas la doctrina de nuestro derecho. Así sucedía por los fueros primitivos ó por las costumbres que los completaban: así continuó sucediendo por las Partidas: así sucede por nuestros modernos códigos. Desde la antigua Roma hasta el dia de hoy la legislacion ha sido idéntica consigo misma en este punto.

43. Quizá hubiera debido ser una consecuencia del propio principio, un hecho concordante con ese hecho, el que todos los hijos ilegítimos, exentos de la potestad del padre, hubieran sido privados de llevar su nombre, ese apellido de la familia, que

nos distingue y nos clasifica en medio del mundo. Puesto que el padre no era tál para dirigirlos, para encaminarlos en la vida, ¿cómo ni por qué había de serlo para transmitirles aquella denominacion de linaje, y presentarlos ante el mundo como sus agnados, sus consanguineos, sus descendientes?

44. Y á pesar de todo, aqui falló el rigor de la lógica; y un espíritu de sentido comun y de equitativa prudencia abrió lugar á considerables distinciones. Pensóse tal vez que la patria potestad civil era esencialmente más favorable á los padres que á los hijos, y por eso no se concedió á los primeros, que habian faltado á la ley en la procreacion de los segundos; cuando este derecho de llevar el nombre y otros análogos eran más favorables á los hijos que á los padres, y por eso se les pudo conceder á algunos de ellos. De aquí que los hijos naturales, los de ménos odiosa ilegitimidad, usaron siempre ese apellido de la familia paterna, y poseyeron sus condiciones de nobleza, y llevaron el escudo de sus armas. Hidalgos, nobles fueron y son, cuando de padres hidalgos, nobles, procedian ó proceden. La sociedad, que segun hemos visto ántes, los ha mirado como tales hijos de quienes le dieran el ser, no los rechazó, ántes los admitió plenamente en la clase á que estos pertenecían, y les reconoció sin ninguna dificultad sus preeminencias y sus distinciones.

45. Aun en los verdaderamente bastardos, hijos de un hombre casado y de una mujer soltera, encontramos el propio hecho, constante, repetido, comun, por todo el transcurso de la media edad. Consentíanlo las costumbres; y las disposiciones forales evidentemente lo autorizaban, al ménos para la clase de los hijosdalgo.—«Este es fuero de Castiella (se lee en una ley del Viejo): que si un fidalgo a fijos de barragana, puédelos facer fijosdalgo, é darles quinientos sueldos, etc.» (1)—Lo único que se exijia, segun las reglas heráldicas de toda Europa, era que semejantes hijos cruzasen su escudo con la célebre barra, emblema de la ilegitimidad que constituía su lote.

46. Si en el dia de hoy estos hechos no son ya vulgares; si nuestras costumbres no los admiten tan fácilmente; si por lo comun los hombres casados que tienen hijos ilegítimos suelen no reconocerlos, sino buscarles más bien un supuesto padre, que falsa y complacientemente los tome y declare por suyos; no por eso podremos decir que lo que fué ha terminado del to-

---

(1) L. 1.ª, tít. 6.º, lib. V.

do, ni que tenemos un derecho bastante explícito y en uso que lo prohiba ni que lo imposibilite. Todavía se ven de cuándo en cuándo, y con especialidad en las familias de los príncipes y de la grandeza, esos extraños y pocos morales ejemplos, que, puesto que causan murmuracion en algunas clases del Estado, se aceptan sin repugnancia por otras que tal vez se llaman á sí mismas superiores. Vanamente lo han reprobado y lo reprueban las doctrinas jurídicas y religiosas: el tolerante descuido de los gobiernos y las malas tradiciones de una corrompida sociedad lo han continuado en estos últimos siglos, y no ofrecen apariencias de ponerle fin.

47. En cuanto á los demás hijos ilegítimos, de más baja y más desgraciada condicion, esos no llevarán nunca autorizadamente ni los apellidos ni las armas de sus padres, caso de que los conozcan. Solo podrán usar los y las de las madres, si fuesen espureos, mánzeres ó nothos, pues que ellas eran libres, eran ciertas, no habían incurrido en pena por su nacimiento. El hijo es siempre de la familia materna, miéntras la madre no haya cometido un crímen al darle el ser, ó no le haya arrojado en los tristes asilos, que son á la par monumentos de caridad y padron de malas costumbres. El hijo es de la familia materna miéntras es ó puede ser heredero de la madre: sólo cuando esta herencia sea ilegal, sea imposible, es cuando puede haber razon para negarle un nombre que es álgo homogeneo, álgo análogo á la herencia misma.

48. Á las consideraciones de apellido, de clase, de armas, en que nos acabamos de ocupar, siguen las que se refieren á la crianza, á la educacion, al sostenimiento de los propios hijos ilegítimos por sus padres y por sus madres. Y apénas es necesario que digamos, tratando de esta materia, que la ley natural, que el buen sentido, que la razon, han impuesto deberes á todas las personas humanas, pues que han inspirado impulsos irresistibles á los propios seres irracionales; y que esos deberes, siquiera no estén escritos en las leyes positivas, que muchas veces no lo están, no dejarían por eso de encontrar sancion en todos los tribunales, en todas las autoridades, en todos los poderes públicos, ya de justicia, ya de administracion y policía. No se sufrirá jamás por quien lo pueda impedir que el padre ó la madre, conocidos como tales, legítimos ó ilegítimos, echen de sus casas á sus hijos que no están en edad de trabajar, que no los sustenten, que no los vistan, que no los eduquen, cuando están ellos, los padres, en condicion de poderlo hacer. La natu-

raleza habla tan alto en estos casos, que, aun suponiendo que no hable la ley, sus voces no pueden dejar de oirse, no pueden dejar de atenderse. Y contra su mandato no es defensa ni disculpa el propio delito, que, por hipótesis, haya sido causa de la procreacion y del nacimiento: un crímen no disculpa de otro que tambien sería crímen; una falta no es razon para que se cometa otra falta más grave. Es lo cierto que las personas en cuestion han dado la vida á un sér humano; y no ménos lo es que por el hecho de dársela han contraido las obligaciones que se refieren á esa propia vida como á centro, que nacen de ella como consecuencias indeclinables. Esto es lo racional, esto es lo cristiano, esto tiene que ser lo legal á todas luces. Si un código lo condenase ó lo contrariase, semejante código sería absurdo, porque sería impío.

49. No es, pues, de tales alimentos necesarísimos de los que tenemos que hablar; es de los alimentos civiles á la par que naturales; alimentos que tienen una latitud mayor, un carácter ménos apremiante, una naturaleza más libre, y que nacen de las leyes, y que se deben por estas, aun habiendo tenido su primitivo orígen en los innatos sentimientos de toda razon y de toda justicia. De esos, ya declaradamente legales, y de las obligaciones que á ellos se refieren,—obligaciones consignadas de un modo expreso en los códigos,—es, repetimos, de los que vamos á hablar ahora, investigando cuál fué, cuál ha sido, cuál es el derecho que los regula, respecto á los hijos ilegítimos de todas especies.

50. Creemos ante todo que nuestra legislacion primitiva y foral no había dictado en este punto declaracion, ni impuesto obligacion alguna, descansando como descansan siempre las edades de inocencia ó de ignorancia en los ingénitos sentimientos de la naturaleza propia, que por entónces ni se diluyen, ni se rectifican. Las Partidas fueron, las Partidas debieron ser las que crearan y ordenaran esta parte de nuestra legislacion; y necesario es confesar que de tal modo y con tal acierto asentaron sus principios, que casi puede decirse que en lo tocante á estos apénas tenemos otra cosa hasta el dia de hoy que lo dispuesto en ellas y por ellas.

51. Segun la letra de aquel código (L. 5.ª, tít. 19.° de la P. IV), hay hijos ilegítimos que están obligados los padres á alimentar; y los hay tambien respecto á los cuales no tienen semejante obligacion. Señala en la primer clase «á los que nacen de mujeres que tienen los omes manifiestamente por ami-

gas, non aviendo entre ellos embargo de parentesco, ó de órden de religion, ó de casamiento.» Casamiento que, en nuestro juicio, no se refiere al hombre, sino á la mujer; no al padre, sino á la madre.—Y entran naturalmente en la segunda los de esas excepciones; esto es, los incestuosos, los sacrílegos y los adulterinos, á los cuales hay que añadir los meramente espureos y los de mujeres públicas, todos aquellos cuyos padres no se conocen ó no pueden conocerse. El derecho de alimentacion que alcanzan todos estos es respectivo únicamente á la madre, cierta y segura en cualquier caso, y no al padre, á quien tal vez no se conoce de hecho, á quien no puede conocer la ley.

52. De manera—(aunque parezca que nos repetimos, bueno es quedar firmes en estas cosas)—que la obligacion de los padres, y tambien la de los parientes de los padres, segun el código de D. Alfonso, está limitada á la alimentacion, educacion, auxilio de los hijos naturales y bastardos: si á algunos otros quieren prestar alimentos, eso es en ellos gracioso y potestativo, y de ningun modo sujeto á fuerza ni coaccion legal. La madre y los parientes de la madre, por el contrario, tienen un deber más extenso, aunque éntre y proceda en segunda linea: todos los que de ella han nacido están autorizados para reclamarla y reclamarles esa prestacion alimenticia, cuando las circunstancias de los reclamantes y de aquellos á quienes se reclama, lo autorizaren segun los principios del derecho: cuando en aquel hubiere legítima necesidad; cuando en estos hubiere riqueza, medios para soportar la prestacion. En esa madre, que ciertamente dió el ser, no admite la ley causa alguna para no educar, para no alimentar, para no sostener, pudiendo, á su propia, indubitada descendencia (1).

53. Quédanos únicamente por decir, en el punto en que estamos de esta cuestion, que el código de las Partidas ni señaló la cuota, ni fijó el límite en que habian de consistir ó de que no habian de pasar estas prestaciones alimenticias á hijos ilegítimos. No habiéndolo hecho por regla general en ningun otro caso, mal podia comenzar por éste que es tan difícil de suyo.

(1) Los parientes paternos ó maternos que tienen obligacion de prestar alimentos á los hijos ilegítimos, son los propios parientes que la tienen de prestarlos á los legítimos. Véanse las leyes de Partida. No podemos ni debemos en nuestro Comentario examinarlo todo, ni ir pasando de unas materias á otras. Sería entónces un estudio completo de nuestra legislacion, y no meramente de las leyes de Toro.

Lo que dijo fué tan sólo que estuviese obligado á ellas cada padre, «segun la riqueza é el poder que oviera, é catando todavía la persona daquel que lo deve rescebir.» Por donde se ve que se huyó de toda fijeza, no solo absoluta, sino aun materialmente proporcional; y que adoptando el principio de las consideraciones morales, se dejó toda amplitud á la prudencia de los interesados y al buen sentido de los jueces.

54. Venimos, por fin, y en último término, á la materia de las sucesiones, ya testamentarias, ya *ab intestato*. Es lo que únicamente nos falta que ver, para estimar bajo todos sus aspectos legales la condicion de los hijos ilegítimos en la familia, ántes y hasta el momento de las leyes de Toro.

55. En el Fuero-Juzgo, principio de nuestra legislacion patria, no encontramos nada que especial y directamente provéa sobre este punto. Ningun derecho se da á tales hijos; pero tampoco se dicta contra ellos ninguna prohibicion. No son herederos forzosos; pero no están excluidos de una institucion voluntaria. Hállanse en el caso de cualquier extraño, á quien se puede instituir siempre que no existen los que necesariamente lo deben ser (1).

56. Pasamos, pues, brevemente sobre ese código, y nos detenemos en el Fuero Viejo de Castilla. Ya hemos citado ántes de ahora una ley de éste, que permitía á las personas nobles el ennoblecer á sus hijos ilegítimos, ó á alguno de ellos. Pues bien: la propia ley habla tambien de herencias, y no es ménos notable bajo este segundo aspecto. «Esto es fuero de Castiella (dice); que si un fijodalgo ha fijos de barragana, puédelos fazer fijosdalgo, é darles quinientos sueldos, é por todo esto non deven eredar en lo suo..... E si cavallero ó escudero eredare fijo de barragana, é dijer: fágote fijodalgo, é erédote, deve eredar en aquella eredat en quel eredó el padre, é non más; é si dice: eré-

(1) Hay una ley notable en el Fuero-Juzgo, la 2.ª, tít. 5.º, lib. III, que habla de los *casamientos* que se solían hacer con mujeres que ya estaban casadas, ó eran parientas, ó habían pronunciado solemnes votos. Declarando que no eran matrimonios verdaderos, y mandando que se disolvieran, da, sin embargo, á los hijos derecho de heredar. Esto se comprende bien, si había habido buena fé en alguno de los cónyuges, y estaban llenas las fórmulas externas del matrimonio. Pero la razon es singular: «que magüer que (tales hijos) sean nascidos de pecado, fueron purgados por el baptismo.»—Si esta razon valiese, ningun hijo ilegítimo dejaría de ser heredero entre nosotros.

dote en todo quanto que é, deve eredar en todo quanto que a, fueras en monesterio ó en castillo de peñas; é si muriere algun pariente mañero (sin hijos) non deve eredar en todo lo suo.»

57. Y todavia tenemos la ley siguiente, 2.ª, tit. 6.°, lib. V, que contiene una fazaña ó resolucion de cierto caso, en donde se encuentran las razones que vamos á copiar: «E diéronles á partir en la una eredat, é despues non les quieren dar á partir en los otros bienes daquella su tia que fuera monia, porque eran fijos de barragana. E judgaron los alcalles que pues dádoles avien á partir en la una eredat, que la particion ir devría adelante; é ansí oviéronles á dar á partir en todo.»

58. Sería una cosa muy larga y muy difícil el proponerse explicar estas leyes, satisfaciendo á todas las cuestiones que pueden nacer de su contexto. Pero sin tomarnos ese hoy inútil trabajo, podemos desde luego deducir del mismo dos cosas, sin temor de que se nos contradiga: la primera, que segun él había casos en que los hijos bastardos heredaban hasta la totalidad de los bienes de sus padres; y la segunda, que los había tambien en que concurrían con parientes legítimos, y dividían con ellos el caudal de otros parientes.—No era ésta ya, de seguro, la doctrina del Fuero-Juzgo, que segun hemos visto los miraba como extraños: debían de serles más benévolas las idéas de la sociedad, como eran más fáciles, más laxas, las costumbres de los nuevos tiempos.

59. Síguese el Fuero Real, código posterior en su sustancia y en su espíritu, aunque no lo sea en su fecha, y que, si no repele las tradiciones, atiende más á la idéa del derecho y á la inspiracion de la doctrina. Ya su primer ley del título de las herencias (1) establece desde sus primeras palabras que todo hombre que tiene descendientes legítimos no puede dejar sino el quinto de sus bienes, ó lo que le pluguiese de ese quinto, á los hijos que haya de barragana, esto es, á los naturales ó bastardos. Y como si esto no fuese bastante, la 17.ª del mismo título vuelve á declarar que el hijo que no es de bendicion no puede heredar segun derecho; salvo si el Rey le legitimare para este fin, á la manera que legitima para obtener beneficios eclesiásticos la autoridad religiosa: «Ca así como el Apostólico há poder llenamente en lo espiritual, asi lo há el Rey en lo temporal; é como el Apostólico puede legitimar aquel que no es legítimo

(1) L. 1.ª, tít. 6.°, lib. III.

para recibir órdenes, así lo puede legitimar el Rey para heredar, é para las otras cosas temporales.»

60. Más claros son sin duda estos preceptos que los del Fuero Viejo citados anteriormente; pero si no tuviésemos otros, todavía fuera la antigua legislacion bien defectuosa en el punto que estamos examinando. Tambien en él, de la propia suerte que en tantos más, eran las Partidas las que habian de completarnos un verdadero sistema de derecho.

61. Las Partidas, ni callaron como el Fuero-Juzgo, ni hablaron oscuramente como el Fuero Viejo, ni emitieron una doctrina tan compendiosa y manca como la del Fuero Real. Las Partidas distinguieron casos fundamentales, y llevaron á todos ellos la luz de su ciencia y de su juicio.

62. Una cosa fué para este código la herencia del padre, otra la herencia de la madre; como que ésta (dicen) siempre es cierta, como que aquel no lo es sino en muy raros casos, cuando se trata de tales hijos ilegítimos. Dispuso, pues, que á la madre la debiesen heredar siempre éstos en union con los legítimos, así *ex testamento* como *ab intestato*; á no ser que fuesen incestuosos ó nacidos de dañado y punible ayuntamiento, ó bien que siendo la madre ilustre se hubiese dado á la prostitucion (1). Por el contrario en la herencia de los padres. Á tal herencia, ó á parte de tal herencia, solo los naturales son los que pueden aspirar: los demás hijos ilegítimos, como tales hijos, no tienen derecho alguno. Y respecto á esos propios naturales, hay que distinguir si se trata de un *ab intestato* ó de una sucesion testamentaria. En aquel, en el *ab intestato*, los hijos naturales, cuando son solos, tienen dos dozavas partes, ó un sexto, de la herencia, que han de dividir con sus madres respectivas: cuando existe algun legitimo espira su derecho hereditario, y no les queda sino el de alimentos de que hablamos poco hace. Por lo que respecta á la sucesion testamentaria, el padre que no tiene hijos legítimos ni ascendientes, puede bien dejar á sus hijos naturales todo lo que quiera de lo suyo: si los tuviere de aquellos—hijos legítimos—no le es permitido destinar á estos sino una duodécima parte de su caudal; y en uno y otro caso, esto es, teniendo ó no teniendo descendencia ó ascendencia legítima, puede preterir á los mencionados naturales, quienes quedarán reducidos á esa accion alimenticia que les asiste siempre (2).

---

(1) L. 11.ª, tít. 13.º, P. VI.
(2) L. 8.ª, tít. 13.º, P. VI.

63. Como se ve por tan ligero, mas á nuestro juicio claro resúmen, esto es razonado, sistemático, digno de una legislacion inteligente y culta: se puede aprobar ó no aprobar; mas no puede negársele la atencion y la consideracion. La diferencia entre el padre y la madre es justa á todas luces; y los diversos derechos que se dan respecto á los bienes del uno y de la otra tienen fundamentos por lo ménos muy plausibles, en las relaciones distintas y especiales á la par, que existen entre el hijo ilegítimo y uno y otro de los autores de su ser.

64. Pero no hemos acabado aún con lo que disponen en este particular las Partidas. Á lo dicho tenemos que añadir dos cosas. Primera, que igual derecho al que tienen los hijos ilegítimos en las herencias de sus padres y de sus madres, tienen éstos, padres y madres, en las herencias de aquellos hijos propios. La sucesion hereditaria es aquí completamente recíproca; y no sólo en el principio, sino hasta en la cuota ó cantidad (1). —Segunda, que este mismo derecho hereditario de que estamos hablando no se limita á padres, madres é hijos respectivamente, sino que se extiende tambien, y no sólo en la linea directa, sino en algunos casos hasta en las transversales. La ley 12.ª de los dichos título y Partida consignó sobre esta materia varias disposiciones, incompletas seguramente, pero llenas de interés por sus preceptos y por el espíritu ó sistema de sus preceptos. Encontramos en los mismos que cuando muriese intestado un hijo natural, y no tuviese ascendientes ni descendientes, deberian heredarle en todo lo suyo sus hermanos naturales ó legítimos por parte de madre, excluyendo á los que lo fueran únicamente por la de su padre. Vemos tambien que si sólo dejase de éstos, los legítimos han de ser preferidos, y los meramente naturales han de venir despues. Y hallamos por último que el propio hijo natural ha de ser heredero de los parientes legítimos de la lineá colateral materna; pero no lo ha de ser de igual linea de parte de su padre, esto es, de sus hermanos, de sus primos, de todos sus consanguíneos que no sean sus ascendientes ó descendientes.

65. Tal fué en su plenitud, si no nos equivocamos, el derecho de las Partidas: distinto, como se ve, de los derechos forales, más todavía por lo que esclareció y completó, que por lo que reformara y variara. De seguro que una sociedad ade-

(1) L. 8.ª citada.

lantada, rica y culta, como la de Castilla en el siglo XIII, había menester ya de bien explícitas y bien razonadas leyes sobre una materia tan interesante. Los fueros y sus principios se encontraban inferiores á esa necesidad: la costumbre no era suficiente, en lo que más que nada reclama el precepto y condiciones de la regla escrita. Nosotros creemos pues que fué un gran paso el dado por el código de D. Alfonso, trayendo como siempre las reminiscencias romanas y las doctrinas de Bolonia; y que, aparte los intereses individuales, que siempre rechazan cuanto los encarrila y enfrena, esta teoría de la sucesion de los ilegítimos debió ser aceptada con facilidad y aun reconocimiento por los hombres ilustrados ó sensatos de la nacion.

V.

66. Pero la ley 1.ª del Ordenamiento de Alcalá había colocado, como sabemos, á las Partidas en un lugar subsidiario respecto á las leyes puramente españolas; y la consecuencia de este principio no podía ménos de ser, en la materia que vamos examinando, como en tantas otras materias, el reducir á duda y á cuestion muchos de sus más capitales puntos. Ya hemos visto cuán otro que el de ellas era el espíritu del Fuero Viejo; lo cual nos indica cuánto lo habian de ser asimismo algunas tenaces costumbres del pueblo castellano.

67. Lo que debía de suceder entónces, la facilidad, la libertad, la frecuencia con que heredarían los hijos ilegítimos, aun aquellos de ilegitimidad más odiosa y repugnante, nos lo demuestra la ley de Soria, dictada en 1380 por D. Juan el I (1). En su texto se puede ver cómo eran comunes los enlaces ilícitos de clérigos, y el fomento que les daba el hábito de constituir por herederos á aquellos hijos sacrílegos. Verdad es que esto no se hacía por derecho comun, sino en virtud de privilegios ó de cartas reales; pero lo vulgar del caso, pero la frecuencia de la concesion, denotan que no existía una idéa firme, segura, profunda, sobre la injusticia de los hechos propios. Cuando una ley de todos reconocida y respetada declara imposible cierto privilegio, ni los particulares se atreven á pedirlo, ni los

(1) L. 4.ª, tít. 20.º, lib. X, Nov. Rec.

gobiernos lo otorgan y lo conceden, sino con grande y muy justificada ocasion.

68. Como quiera que sea, el precepto de esta ley de Soria fué concordante y homogeneo con el de las Partidas. Prohibióse que los hijos de los clérigos pudiesen heredar nada de sus padres, ni de sus parientes por parte de padre; y hasta se extendió la prohibicion á los que podían ser medios simulados para dejarles tales herencias, como, por ejemplo, ventas ú otros contratos translativos de dominio. Tuviéronse los privilegios concedidos por nulos, y se mandó que no se diesen, ó que no valieran, dándose, en adelante.—De lo que no se habló en esta ley fué de las herencias de las madres ó de los parientes de las madres: cualquiera que fuese respecto á ellas el derecho comun, ese mismo debía seguir, pues que no se le variaba ni se le reformaba.

69. Tal era el estado de las cosas, tal el de la legislacion acerca de los hijos ilegítimos, tal el de su situacion con las familias de los padres, cuando se formaron las leyes de Toro. Por donde se ve que éstas no podían ménos de fijar su consideracion en ese grave asunto, y que proponiéndose como objeto universal el resolver dudas y determinar el verdadero derecho, les era imposible no disponer álgo sobre una tan importante y tan necesitada materia. Si las cuestiones de nombre, de clase, de armas, podían seguir como hasta allí, regidas por tradiciones más que por leyes, por doctrinas más que por preceptos; si aun las de alimentos, en rigor, podían continuar regulándose por las leyes de Partida, no contrariadas ni embarazadas, como no lo estaban, por ningunas otras; las de sucesion habían menester sin duda un nuevo exámen y un criterio definitivo, ora fuese para sostener y afirmar lo mandado en el código de don Alfonso, si se le encontraba completamente justo, ora para modificarlo, reformarlo, y hacerlo ejecutar tal como quedase, á despecho de reminiscencias y de intereses que no fueran dignos de consideracion. El deber era urgente é imperioso: ni los Reyes Católicos ni las Córtes de Toledo podían descuidarlo.—Veamos lo que hicieron, y cómo llenaron ese deber.

70. Ante todo, nada dijeron estas leyes sobre lo que hemos estimado primera parte de la cuestion: nada sobre los apellidos, clase, distinciones que correspondan á los hijos ilegítimos. Lo que venía siendo ó por costumbre ó por doctrina, eso continuó sin novedad, á pesar de estas leyes y del espíritu de estas leyes.

71. En materia de alimentos, ya se tomaron disposiciones

importantes. Fué la primera la de fijar un máximum en los que se podrian ó se deberian dar á los hijos ilegítimos, ora por su padre, ora por su madre. Las leyes de Partida que establecieran tal obligacion, hemos visto que no habian fijado ninguno; y puede suponerse que con este pretexto se habrian concedido alguna vez demasiado cuantiosos, quizá en daño ó en fraude de herederos legítimos. Pues bien: aquí, como acaba de expresarse, se puso un término á semejante facultad, un límite á semejante obligacion. Ni el padre ni la madre,—en los casos en que habian de dar tales alimentos,—pudieron exceder del quinto de sus propios bienes. Ménos que esta suma, bien estuvieron autorizados á dar, cuando con ménos bastó para el justo propósito; más, no tuvieron facultad para hacerlo, en daño de personas á quienes debiesen instituir ó reservar su herencia.

72. La segunda disposicion fué que de esa propia suma, otorgada y dada ya como alimentos, pudiese hacer el que la percibía lo que tuviera por oportuno, disponiendo sin embarazo y á su placer, ora en vida, ora por razon de muerte. Nada de reservas, nada de preceptos ni condiciones sobre su importe. Cuando el padre ó la madre lo deben y lo entregan al hijo ilegítimo, éste queda de todo punto su dueño, y nadie puede ponerle dificultades, pedirle cuentas, moverle litigios sobre su inversion. De él era el omnímodo derecho; para él es la absoluta propiedad. La ley que impide se le dé otra cosa, le garantiza y asegura lo que se le ha dado.

73. Pasamos al punto de las herencias, y aquí las innovaciones son mayores. Exijíalo la naturaleza de la cosa misma; demandábalo el estado de la legislacion; no podian ménos de hacerlo unos soberanos tan entendidos y tan prudentes como D. Fernando y doña Isabel.

74. Lo primero que aquí encontramos es la propia distincion entre las herencias paterna y materna, que, como hemos visto, había sido la clave del derecho de las Partidas, que, como nos dice la razon, tendrá que serlo siempre del de todo código merecedor de este nombre. La ley no puede prescindir jamás, desde que una vez ocurrió y se enunció esa idéa, de que la madre es conocida siempre (con la sola excepcion de los expósitos), cuando el padre no lo es, no puede serlo, fuera de rarísimos casos, en estas hipótesis de ilegitimidad que nos ocupan.

75. Consagróse, pues, la ley novena de Toro á declarar y establecer el derecho en las herencias maternas, distinguiendo los casos que respecto á ellas eran posibles. Las madres (dijo) que

tienen hijos ilegítimos, ó no tienen más que éstos, ó los tienen legítimos tambien. En el segundo caso, esto es, cuando existen á la par hijos de culpa é hijos de matrimonio, éstos excluyen á aquellos, y aquellos no pueden ser herederos ni por institucion ni por llamamiento legal. Así, la doctrina demasiado laxa de las Partidas quedó descartada é insubsistente. Lo único que la madre debe á tales hijos son los alimentos de que ántes hablábamos; y lo único que en tal concepto ó en el de manda les puede dejar es el quinto de lo que poséa, aquello de que estaba autorizada á disponer por su alma.—En el primer caso, cuando los hijos ilegítimos son y se encuentran sólos, hay que hacer otra distincion. Ó bien son hijos de meras faltas, ó aun de desórdenes, que la ley no castiga en la madre con las mayores penas, ó bien los hay de los que se apellidan de dañado y punible ayuntamiento. Aquellos son respecto á la propia madre herederos forzosos, así *ex testamento* como *ab intestato*, excluyendo hasta á los ascendientes de la madre misma: estos, por el contrario, no la pueden heredar, en odio de su crímen, y únicamente son aptos para recibir esos alimentos y ese legado del quinto, de que hablábamos poco hace.—Tal es incuestionablemente el precepto de la ley.

76. En cuanto á las herencias paternas, ésta ha sido más severa, ménos fácil, igualmente reflexiva y racional. El comun de los hijos ilegítimos quedan en la situacion en que ántes se encontraba: ni se les designa como herederos *ex testamento*, ni aun se les llama como herederos *ab intestato*: eran extraños, y permanecen y continúan tales. La ley de Soria, dictada contra la prole de los clérigos, se confirma explícitamente. De los verdaderamente bastardos, no se habla una palabra siquiera. Tan sólo de los naturales es de los que se hace mencion, no para reconocerles derechos forzosos, sino para autorizar á los padres á fin de que no teniendo hijos legítimos, siquiera tengan ascendientes, les puedan dejar (á los naturales) cuanto estimasen oportuno.

77. Hé aquí los preceptos, hé aquí las resoluciones de las leyes de Toro en esta materia, completadas con la doble definicion de los hijos naturales, y de los de dañado y punible ayuntamiento, que copiamos arriba. Modificando, reformando, esclareciendo el antiguo derecho, acabaron ellas de fijar el que había de regirnos en una materia tan importante: combinadas con lo que quedó en pié, así de la vieja legislacion consuetudinaria y local, como de la teórica de las Partidas, son la norma

de las idéas que subsisten hoy, y el punto de donde emanan las doctrinas de nuestra sociedad y de nuestro foro. Conocidas ellas, en su letra, en su espíritu, hasta en su silencio, no debe quedar sin resolver problema alguno de cuantos puedan presentarse en este órden de sucesion. No hay ya más principios, no hay ya más datos.

78. Téngase sólo presente que hemos dicho *en este órden de sucesion* porque lo hemos añadido de propósito. No se nos oculta que la de los ilegítimos y á los ilegítimos—la activa y la pasiva—en la linea transversal, ofrece materia á muy difíciles, cuando no insolubles, cuestiones. Pero no es ocasion de tratar de ellas, ni aun de indicarlas siquiera en este Comentario, no diciendo, como no dicen, relacion á las leyes de Toro ni á sus preceptos. Estas leyes dejaron intacto el asunto, no tocando en él á las de Partida, únicas que entre nosotros le regulaban; y no sería razon—(ya lo hemos indicado, y lo repetimos nuevamente)—que hiciésemos interminable y universal nuestra obra, comentando tambien, al examinar las leyes de Toro, otras leyes y otro derecho, sobre el cual éstas nada han variado, nada han rectificado, nada han dicho. Por muchas libertades que nos tomemos, no entra en nuestro ánimo el explicar todo el derecho español.

VI.

79. Anunciamos para el lugar á que hemos llegado ahora, la resolucion de las dudas que pudiesen nacer ora del texto mismo de las tres leyes unidas en el presente capítulo, ora de su confrontacion con principios de jurisprudencia, ó con otras prescripciones vigentes de nuestro derecho. Y llevando á cabo este propósito, queremos ante todo examinar las que pueden suscitarse con motivo de la definicion de los hijos naturales, inserta en la undécima, y explicada hasta cierto punto en números y párrafos anteriores.

80. Queda dicho, y á nuestro modo de ver justificado en ellos, que el objeto de la expresada ley fué extender, dilatar un beneficio, ampliar una calificacion favorable, y sus consecuencias, que no lo eran ménos, del círculo restricto de orígen romano, tomado por tipo en la ley de Partida, á otro ciertamente más general, pero homogeneo con aquel en lo que era funda-

mental, esencial, necesario. Y queda dicho y comprobado de la misma suerte, que siendo ese, y no otro, el propósito de la innovacion, ninguno que hubiese sido hijo natural ántes de ella dejaría por ella de serlo; y que si despues de la ley de Toro se encontraban aún quienes lo fuesen de concubinas únicas, mantenidas en casa de los padres, solteros unos y otras, y que por conviccion indubitada fuese tal prole de ellos, ninguna necesidad tenían de reconocimiento fuera de ese hecho mismo, que á la verdad nos parece á nosotros más claro, más terminante, más incontrovertible que otro ninguno.

81. Pero las concubinas mantenidas en casa de cualquier hombre son en el dia raras; los casos que se funden en tal suposicion han de serlo necesariamente. Las mancebas, las amigas ordinarias viven en sus casas propias, y ni aun es comun que sean completamente únicas. De ellas, de éstas es de las que se tienen ó suelen tenerse hijos. Y siendo así, cabe dudar y preguntar: ¿Es una circunstancia absolutamente esencial, absolutamente imprescindible, la del *reconocimiento* de estos hijos, para que tengan el carácter de naturales de que hablan las presentes leyes? ¿Lo suplirán la amistad y las relaciones exclusivas del padre y de la madre? ¿Lo suplirán cualesquiera otras pruebas que determinen la filiacion? Y si se cree que es forzoso un acto de reconocimiento, ¿cómo ha de ser ese acto? ¿Se admitirá en tal esfera lo inductivo, ó será indispensable lo explícito y aun lo solemne?—Hé aquí una serie de graves cuestiones, que no pueden ménos de presentarse al ánimo, y que de hecho se han presentado y se presentan todos los dias, cuando se ha tratado y se trata de aplicar la doctrina que vamos exponiendo.

82. Bajo dos puntos de vista muy diversos podemos contestar á semejantes dudas. Es el uno el que se tomase de la práctica comun y general, de lo que encontramos aceptado por todos ó la mayor parte de nuestros autores, usado y ejecutoriado por todos ó la mayor parte de nuestros tribunales. Es el otro el que se fundase en nuestras personales idéas, en la aplicacion de nuestra inteligencia especial al sentido y entendimiento de las leyes; idéas é inteligencia que, si se inclinan respetuosas ante el poder de la autoridad y del número, no se forman ni se convencen sino por los preceptos soberanos, ó por las inspiraciones de lo que sienten justo. De uno y otro modo vamos pues á contestar á las preguntas que nos hemos hecho; porque ni cumpliríamos con los que nos consulten si no les dijésemos lo ordinariamente practicado, ni satisfaríamos á nuestra conciencia

propia si no dijésemos lo que concibe ó aprueba en su íntimo y sincero sentir.

83. La jurisprudencia vulgar consiste sin duda en que el reconocimiento paterno, explícito y solemne, no es una esencial circunstancia para que los hijos de personas libres se tengan por naturales. Esa jurisprudencia comenzó tal vez aceptando los reconocimientos implícitos, inductivos, y ha progresado por esta via hasta admitir toda clase de pruebas, directas, indirectas, persuasorias, para acreditar ese género de filiacion. Segun la jurisprudencia vulgar, bien puede decirse que son hijos naturales los habidos por personas que podían contraer matrimonio, sin añadir á esto condicion alguna, y bastando que se justifique de cualquiera suerte el hecho de la procedencia. Así, esta doctrina resuelve en el sentido más laxo las dudas ó cuestiones que señalábamos poco hace; tal como todo el mundo las podría resolver si la definicion de la ley terminara con la palabra «dispensacion,» y no incluyera su segundo periodo, el que principia por el adverbio «con tánto.»

84. Nuestra opinion, empero, como desde luego puede haberse conocido, es otra, es diferente. Esa laxitud nos parece una debilidad, un yerro; y ni legislando nosotros, caso de que se nos llamara á hacerlo en la materia, ni aplicando la ley en cuyo exámen discurrimos, nunca la aceptaríamos, ni como verdadera ni como autorizada. Nuestra opinion es que al adoptarla y al seguirla, ni se han tenido en cuenta los legítimos intereses sociales, ni tampoco los precedentes del asunto, que habían de explicar el sentido genuino de esta ley de Toro.

85. Cuáles fueran esos precedentes, ya lo hemos dicho en este Comentario. Segun el derecho romano, y segun la ley de Partida tomada de él, era indispensable para la naturalidad de los hijos el concubinato único y tenido en la propia casa del padre. Suponíase pues un cuasi-matrimonio, destituido, es verdad, de las formas civiles y religiosas, pero teniendo, aparte de eso, todo su carácter y todas sus apariencias. Podría decirse que era un matrimonio de derecho natural. Ahora, si las costumbres hicieron ese concubinato difícil, si la religion condenó el escándalo que daba, si la civilizacion moderna hizo que poco á poco desapareciese; la legislacion no pudo ménos de buscar álgo que hiciera su vez, y que llenara hasta cierto punto los efectos que él producía, visto que le era imposible acabar con las ilegitimidades, reduciendo á todos los hombres y á todas las mujeres á la justa regla de las nupcias. No fué obra de la

ley de Toro la de suprimirlo, declarándolo inútil, excusado, superabundante; fué la de encontrar otra circunstancia que le supliese, y cuyos efectos equivalieran á sus efectos.—Prescindiré de ese concubinato, dijo ella; no estimaré necesario que exista, con tal que el padre y la madre sean capaces, sean hábiles, y que el padre en particular reconozca al hijo por suyo. «Ca concurriendo en éste tales circunstancias—(las dos, no una sola: la capacidad de los autores de su ser, y el reconocimiento paterno),—mandamos que sea tal hijo natural.»

86. Explícito y terminante, pues, debe ser el reconocimiento; real, incuestionable, efectivo, ya que no digamos solemne, porque no lo dice la ley. Solemne debería ser por nuestra opinion, si nuestra opinion tuviese la autoridad de derecho. Solemne debería ser este acto, como lo es el otorgamiento de una última voluntad, como lo es la celebracion de un matrimonio. Es cosa demasiado seria é importante el perfeccionamiento de una condicion de paternidad, para que no se pida, á quien puede hacerla ó no hacerla, toda la gravedad que el acto exije de suyo. Mas por lo ménos, ya que la ley no lo reclama, parécenos racional é indispensable que sea tan segura, tan evidente, tan intencional esa declaracion, que ni quepa duda en ella misma, ni en el ánimo reflexivo y concienzudo con que se haga. Al decir la ley «con tánto que el padre le reconozca» ha dado un poder tan exclusivo como absoluto á la voluntad de éste, no indicando ningun otro medio de suplir esa voluntad. Lo más acertado pues, lo únicamente conforme con su espíritu, es seguir el propio sistema, y pedir al reconocimiento todas las circunstancias que lo acrediten tan incuestionable y completo como voluntario. Si el padre quiere de hecho prestarlo, de seguro lo hará explícitamente y bien: si no lo hace de este modo, ¿cómo conoceremos que quiso hacerlo?

87. Nos confirmamos más y más en este juicio, cuando fijamos nuestra atencion en lo que son siempre, y en lo que es forzoso que sean, las pruebas inductivas de paternidad, toda vez que semejantes pruebas se admiten. Las hemos visto con frecuencia, porque nos hemos ocupado mucho en nuestra práctica en pleitos de filiacion; y sabemos de hecho propio toda la dificultad, toda la incertidumbre, y tambien todo el escándalo de que están rodeadas. En la legislacion de un pueblo culto es un desórden y una vergüenza que se consientan ó autoricen tales debates. La sociedad debe señalar reglas absolutas, por donde se tome y se deduzca la filiacion ó la paternidad: hechos

solemnes, que sean presunciones legales de las mismas, y que no puedan suplir ningunos otros medios, ningunos otros intentos. Así como el legítimo matrimonio debe ser la única base de la descendencia legítima, así el concubinato público ó el solemne reconocimiento deben ser las únicas pruebas de la descendencia natural. Hoy, con nuestras costumbres, quizá sería más acertado dejar á ese último exclusivo y solo. Estos son ya principios, axiomas, en la ciencia universal del derecho; y es triste que cuando las leyes sobre que discurrimos se habían adelantado á indicarlo, una mala práctica autorice en nuestros tribunales lo que es en sí mismo poco racional, y en sus consecuencias inseguro, vergonzoso y torpe. Bueno sería que un acto legislativo reformase ésta que nos parece corruptela; mas en tánto que sucede,—y sin duda alguna sucederá,—bueno y conveniente es tambien que preparemos la opinion, que protestemos contra el abuso, que allanemos el camino á la reforma. Corruptela y abuso, volvemos á decir; porque la ley que examinamos habla del reconocimiento como de una necesaria condicion, y no indica en ningun modo que puedan sustituirla las inseguras pruebas que de ordinario se admiten en su lugar.

88. Con lo cual respondemos de antemano á otra pregunta que tambien puede hacerse, que tambien hemos visto hacer sobre esta materia. Consiste en si el expresado reconocimiento ha de ser de todo punto libre y voluntario en el padre, ó si ha de poder compelérsele á que lo haga. Á esto decimos que por regla general lo primero es lo único cierto, lo único posible. Si el padre pudiera ser obligado á reconocer, equivaldría á decir que el reconocimiento no era necesario. Lo que bastase para reclamar é imponer tal obligacion, eso bastaría asimismo para que, teniéndolo, los hijos fuesen declarados naturales. Es así que la ley ha exigido el reconocimiento como condicion necesaria,—salvo el caso del concubinato único; luego es evidente que sola la voluntad omnímoda, libre, completa, del que lo hace, es la que lo ha de determinar, la que lo ha de producir. Por lo mismo que es exclusivo, se infiere que no puede ménos de ser absoluto, exento de toda necesidad, de toda coaccion.

89. Sólo tenemos una excepcion á esta regla; excepcion que no se conocía al dictarse las leyes de Toro, que no discurrieron sus autores, que ha nacido á nuestra vista, en los momentos presentes. Es la que se halla consignada en el art. 372 del Código penal, donde leemos textualmente las siguientes palabras: «Los reos de violacion, estupro ó rapto, serán tambien conde-

nados por via de indemnizacion: 1.°, á dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda; 2.°, *á reconocer la prole, si la calidad de su orígen no lo impidiere*; 3.°, en todo caso á mantener la prole.» Vese, pues, por el núm. 2.°, que hay un caso en el cual puede ser forzoso el reconocimiento. Pero véase cómo es, y por qué es; á fin de que esta misma consideracion nos confirme en la regla contraria que, como general, citábamos ántes. Es aquí una pena lo que se impone; y se la da como pena, y recae á consecuencia de un delito. Ha habido violacion, ha habido rapto, ha habido estupro: las relaciones del padre y de la madre dejaron aquí de ser civiles, de ser voluntarias, y se han convertido en criminales, con todas sus consecuencias. Á ese padre no se ha puesto pleito para obtener un fallo de paternidad; se le ha formado causa para correjirle y penarle por la comision de un delito. No fué un interés privado, fué un interés público lo que engendró el negocio. Si el delito apareció competentemente, y si como consecuencia de él resultó un hecho de procreacion, la naturaleza de las cosas exije que se dilate á ese extremo la índole de la reparacion y de la pena. Eso es tan racional, eso es tan justo, eso es tan reclamado por la universal conveniencia, como lo es la doctrina contraria, la del reconocimiento libre, en los casos comunes, generales.

90. Todavía queremos proponernos otra dificultad; la cual no nace de la definicion misma de estos hijos, en que nos ocupamos, sino de la contradiccion que puede haber entre esa definicion propia y una doctrina del antiguo derecho.

91. Cuando eran únicamente hijos naturales los que se tenían en determinadas concubinas, parecía cosa sencilla y corriente que si tal mujer no podía ser por su clase barragana ó concubina, los hijos habidos en ella no pudiesen gozar tampoco de la mencionada calificacion. Y esto, que lo persuadía la lógica, lo confirmaron expresamente el derecho romano y nuestro derecho. Ni los hijos de estupro, ni los de mujeres ilustres, ni los de doncellas ó viudas que viviesen honestamente, se tenían jamas por de aquella clase, porque sus madres ni habían sido ni podían ser tales barraganas (1). Hijos espureos eran, naturales no. Todo el derecho antiguo, todos los comentadores de ese derecho, están conformes en semejante doctrina.

92. ¿Sucede aún ésto en el dia de hoy? ¿Sucede despues de

(1) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. 14.°, P. IV.

los principios que consignaron las leyes de Toro? ¿Sucede en vista de la definicion que vamos comentando?—Á nosotros nos parece que han variado las cosas, y que esos hijos pueden y deben gozar actualmente de una calidad, de un nombre, de unos beneficios de que no gozaban ántes.

93. Ya no es exclusivamente el concubinato público lo que produce la naturalidad. Ya, de lo que se toma ésta, es, ante todo, de la libertad de los padres cuando la procreacion; y en seguida, de la declaracion del padre mismo, que reconoce por suya á la prole de que se trata. Si ésto se verifica, lo uno y lo otro, en los especiales casos de que hemos hablado, en el del estupro, en el de la doncella ilustre, en el de la viuda honesta, ¿cómo ni por qué hemos de privar á los hijos de un beneficio que les otorga sin duda el texto de la ley? La naturalidad era ántes de más estricto derecho, y podía denegarse á estos hijos por las causas que van apuntadas: hoy es más amplia, más favorable, más de buena fé, y no se puede privar de su goce á quienes entran de lleno en la idéa de la definicion. Si lo ilustre, lo honesto, lo inocente eran incompatibles con el escándalo del concubinato, téngase en cuenta que ese escándalo no entra por necesidad en el dia como componente de la nocion del hijo natural. Mejor es, de cierto, hoy pertenecer á esta clase que á la de espureos: ¿cómo, pues, dejar en la segunda á quien tiene todas las condiciones necesarias para contarse en la primera?

94. Prosigamos aún en este análisis. La materia de los hijos naturales es larga de suyo, préstase á muchas cuestiones, y razon es que no dejemos por tratar ninguna de las dudas que nos ocurran. La que vamos á exponer ahora ni la hemos visto en la práctica, ni la hemos encontrado en ningun libro; pero nuestra razón nos la indica como posible, y justo es que le consagremos algunos instantes, llamando hacia ella la atencion de los lectores de nuestro Comentario.

95. Supongamos que se reconoce á una persona como hijo natural, por otra que se confiesa padre suyo; y supongamos tambien que se presenta una tercera, el padre del reconociente, por ejemplo, contradiciendo la filiacion, negando su verdad, acusando el expresado acto de falaz y de mentiroso. El hecho es posible, porque la razon para tal hecho es obvia: quien tiene un hijo natural, hemos visto que puede instituirlo por heredero con exclusion de sus legítimos ascendientes. Ahora bien: ¿qué sucederá en este caso? ¿Habrá en efecto accion válida, eficaz, para oponerse á ese reconocimiento de que se trata? ¿Será

nulo, cuando se justifique que no ha sido veraz, que el llamado hijo no lo era realmente de la persona que le reconociera? ¿Cuáles serían por último las presunciones en litigios de semejante clase?

96. Nuestro parecer es, lo primero, que semejante oposicion es admisible, y que puede tener resultados. El reconocimiento paterno no es un acto tan poderoso que por sí solo constituya hijos á los que no lo eran: ese reconocimiento no es una adopcion, ni mucho ménos aún: ese reconocimiento no vale lo que las justas nupcias para los hijos de la legítima mujer. La ley le pide á fin de completar otra cosa; y no funda en él ni sólo ni aun primitivamente la cualidad de la descendencia. Téngase presente cómo define á los hijos de que se trata. No dice de seguro que lo sean naturales aquellas personas que un hombre haya reconocido como de esta condicion: dice que lo son los que nacieren de padres libres, con tal que medie ese reconocimiento. Lo primero pues, la base fundamental de aquella, consiste en la realidad de la filiacion: si el reconocimiento perfecciona y acaba, claro es que no excusa, que no sustituye, de lo que, ni á lo que debe precederle. Un hombre de bien puede haber sido engañado en sus creencias, ó sido víctima de una intriga vergonzosa: un hombre sin piedad filial puede escogitar ese medio, para arrebatar la sucesion de sus bienes á su propio padre. Afortunadamente, el texto, á nuestro juicio, es claro, bien claro; y no autorizará ni la intriga contra el uno ni la repugnante impiedad del otro.

97. Mas téngase siempre en cuenta que para impugnar, que para contrastar, que para destruir un reconocimiento, se necesitan pruebas verdaderas, y no es bastante la mera denegacion. Quien tiene aquel en favor suyo, posée una presuncion favorable, que surtirá los efectos legales de todas las presunciones. No es creíble, por regla general, que se reconozca á alguno por hijo, sin grandes motivos para estimarlo de este modo. La conciencia humana y los tribunales creen naturalmente á quien lo dice; porque siendo él el primer interesado, deben descansar en su juicio, miéntras no haya pruebas que lo acrediten de inexacto ó malicioso. Y tánto es así, que en la práctica de todos los dias ni aun se pide al padre, cuando reconoce, que declare y especifique el nombre de la madre. Cien veces hemos visto reconocimientos, en los que no se decía quién hubiese sido ésta, sino sólo una señora libre: y el mundo y las familias se han contentado con tal declaracion; y los tribunales la ha-

brian tenido por bastante, á no presentarse pruebas contrarias. Cabalmente, porque ese es el carácter de la presuncion, que se tiene por verdad miéntras no se acredita otra verdad; y porque, como ya dijimos, el reconocimiento no es todo, pero lo supone todo, en tánto que no se justifique lo contrario.

98. Hemos llegado en fin á la última dificultad que concebimos, como deducida de la definicion de los hijos naturales; dificultad ciertamente seria, á que dan lugar las palabras de la misma ley; cuestion que no puede resolverse sin examinar bien su espíritu, y aun el espíritu de todo el concordante derecho. Nacida, segun juzgamos, de un defecto de redaccion, no hay más medio para orillarla que el elevarnos cuanto exije la buena doctrina, la cual no ha consistido jamás en leer las materiales expresiones, sino en comprender la verdadera, la legítima, la posible voluntad de las leyes.

99. Dice el texto de la que examinamos: «que entónces se digan ser los hijos naturales quando *al tiempo que nascieren ó fueren concebidos,* sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensacion.» Y ¿qué quiere decir esto? preguntamos nosotros. ¿Qué significa esa disyuntiva *ó*, que se empléa relativamente á dos periodos ó incisos diversos? ¿Es que cualquiera de ellos basta; que la libertad, la capacidad de los padres en cualquiera de ellos, solo, exclusivo, es suficiente para el objeto á que se alude? ¿Que son, que pueden ser hijos naturales los procreados, siempre que sus padres se podían casar al tiempo de la procreacion? ¿Que igualmente lo son, lo pueden ser, siempre que se pudieran casar en el instante del nacimiento?

100. No hay que hacernos ilusiones, no hay que acudir á subterfugios: gramaticalmente, eso es lo que dice la ley; sus palabras, en rigoroso castellano, no tienen otra significacion. Y sin embargo, eso no puede ser, porque es absurdo. La ley no ha podido mandar eso; porque no está en su mano el subvertir todas las nociones de la justicia, el proclamar el desórden, el hacer lo inconcebible y lo inicuo.

101. Si eso fuera así, un hijo concebido en adulterio, el hijo que procrearon dos personas casadas, uniéndose contra la ley de Dios y de los hombres, sería hijo natural siempre que el padre y la madre hubiesen quedado despues, los dos, libres por cualquier causa, y se hallasen en disposicion de contraer matrimonio al nacimiento de aquel fruto de sus hechos criminales.— Pues repetimos que esto no puede ser; que esto no puede haber-

lo querido la ley; que no se han de interpretar jamas sus disposiciones en un sentido que pugna no sólo con la moral religiosa, sino hasta con los más obvios principios de la decencia pública.

102. Por eso creemos, y por eso hemos dicho, que seguramente la ley está mal redactada, y que hubo en ella un error de expresion. Lo que dijo no puede ser lo que queria decir; porque no hacemos la injuria á los consejeros de la gran Reina Católica de suponer que emitiesen á sabiendas un pensamiento tan sin precedentes y tan escandaloso. Y nos confirman en este parecer el propio giro de la frase y la colocacion de las palabras empleadas en el texto. Figúrasenos que si el ánimo de los legisladores hubiera sido lo que parece, si efectivamente hubiesen querido decir que bastaba para la naturalidad de los hijos con esa capacidad, con esa libertad de los padres en cualquiera de los dos tiempos, solos, de la procreacion ó del parto, habrían seguido el órden recto y cronológico al expresar tal idéa, y hubieran formado el periodo gramatical de la manera siguiente: «Se digan ser los hijos naturales cuando al tiempo en que fueron concebidos ó al en que nacieron, sus padres podían casar justamente sin dispensacion.» Esto era lo lógico, esto era lo simple, esto era lo justo, en el órden de las idéas y del lenguaje. Con esto, al señalar las dos épocas, daban completamente á entender que la una era igual á la otra, consignando primero la que la naturaleza ha puesto primero en la vida de los seres animados.

103. Pero véase que no lo escriben así. Véase que truecan el órden de las palabras, y que dicen: «al tiempo que nacieren ó fueren concebidos.» ¿Quién no ve por esta manera de colocarlas que lo primero que indican es en su ánimo lo más sencillo, lo más usual, lo más fácil; y que lo segundo es lo más privilegiado, lo más dificultoso, aquéllo que se pone por fin, porque es el término adonde puede llegar la concesion? Para nosotros, tal manera inversa de expresar dos cosas diferentes, aunque sucesivas, indica que en la segunda ó para la segunda hay que vencer mayores dificultades. «Al tiempo que nacieren ó fueren concebidos» es lo mismo, segun nuestro modo de raciocinar, que sería lo siguiente: «no solo al tiempo en que nacieren, sino aún, sino siquiera al tiempo en que fuesen concebidos,»

104. Pero si esta conjetura es exacta, no la abandonemos, y veamos á dónde nos conduce. Si el conceder la naturalidad á los hijos de padres libres en la época de la concepcion era más grave, más difícil, necesitaba más esfuerzo y mayor indulgencia que el concederla á los hijos de padres libres al tiempo del

nacimiento ó del parto, claro es que por estas expresiones «parto ó nacimiento» se ha entendido y es forzoso entender alguna cosa más que el hecho, que el instante propio de dar á luz. Lo contrario es absurdo por sí mismo, más absurdo miéntras más nos detenemos á considerarlo. Cuando se ha dicho, pues, «nacimiento,» hase querido dar á entender todo el tiempo de la gestacion, desde su orígen hasta su fin y límite por el parto que la termina. Usando la palabra de lo que cierra y concluye el periodo, es todo el periodo entero, es el periodo mismo lo que se ha intentado declarar en ella. «Al tiempo que nacieren» ha debido significar: «al tiempo que remata, que acaba, que tiene fin por el nacimiento.» Y la frase toda quiere decir entónces: «Sean los hijos naturales, cuando *hasta* el tiempo en que nacieron, ó por lo ménos en el de su concepcion, los padres podian casar justamente sin dispensa con sus madres.»

105. No nos cabe á nosotros ninguna duda de que esto fué lo que estuvo en el ánimo de los legisladores. Confesamos que no lo dijeron: confesamos que dijeron otra cosa. Mas cabalmente porque esa otra cosa era imposible, porque jamás se han de suponer los absurdos, porque cuando los envuelven las palabras de una ley es menester prescindir de ellas y remontarse á su espíritu, que debe ser el de la justicia y la razon; por eso hemos buscado en la estructura misma de la frase un arbitrio para corregir aquel sentido notoriamente vicioso. Puede ser que hayamos sutilizado por demás, equivocándonos en ese arbitrio, en ese medio de explicacion. En lo que estamos seguros, diga lo que diga la ley, es en que su inteligencia gramatical, aparente, no puede ser la verdadera. Y esto no lo decimos nosotros solos; lo ha dicho desde luego, lo sigue diciendo cada dia el sentido de todo el mundo. Nunca comprendió que fuesen hijos naturales aquellos cuyos padres estaban impedidos de contraer matrimonio al tiempo de la concepcion, con un impedimento que no pudiera dispensarse, aunque se hallaran capaces de contraerlo al tiempo en que nacieron. Todo el favor que puede concederse alcanzará á lo sumo á los impedimentos en que cupiera dispensa, si ésta efectivamente se otorgaba. Mas el concebido en adulterio ¿cómo ha de dejar de ser adulterino, aunque su madre despues quedase libre? No, no es, no puede ser tan complaciente ni tan laxa la sociedad. La doctrina de ésta no ha sido, no ha podido ser nunca sino la que hemos tratado de exponer y de justificar nosotros: es hijo natural aquel que fué engendrado y nació, ó que fué engendrado siquiera, de padres que podian con-

traer justamente, lícitamente, sin embarazo y sin dispensacion, verdadero matimonio.

VII.

106. Si la definicion de la naturalidad de los hijos nos ha producido el cúmulo de dudas que acaban de exponerse, la otra definicion que en estas mismas leyes encontramos, es á saber, la de los hijos de dañado y punible ayuntamiento, suscita tambien una dificultad grave, que es ocasion de proponer y de estudiar en este punto.—«Y queremos y mandamos, dice la ley novena, que entónces se entienda y diga damnado y punible ayuntamiento, quando la madre, por el tal ayuntamiento, incurriere en la pena de muerte natural.»—Son palabras textuales.

107. Á la época en que las leyes de Toro se dictaron, ya hemos visto lo que podía significarse por esas palabras. Había dificultad en su extension; pero no dificultad completa, absoluta, dificultad en su inteligencia, dificultad fundamental en la explicacion dada, en el hecho consignado. Pocos ó muchos, casos había en que una mujer era pasible de muerte por cohabitar con determinados varones: los hemos expuesto más arriba. Cuando la adúltera y la incestuosa y la barragana ó parienta de un hombre que cohabitaba con sus criados, no lo fuese; por lo ménos respecto á la que lo hacía en dos ocasiones con moros ó judíos, siendo cristiana, es imposible que quepa la menor duda. La última pena era explícita para tal hecho. Pero ya advertimos tambien que toda esa legislacion criminal está derogada, y que hoy no tenemos castigo de muerte para ninguna de estas culpas. Y preguntábamos con esa ocasion, reservándonos para ahora el dar respuesta: ¿qué deberemos decir actualmente de la definicion y del precepto de la ley de Toro? ¿Se llamarán aún dañados y punibles los ayuntamientos á que se refería? ¿Subsistirán sus consecuencias civiles, puesto que no existen ya las concordantes condiciones penales?

108. Las cosas, las idéas, han cambiado grandemente en los tres siglos y medio últimos. Primero por la práctica, y despues por las leyes mismas, la consideracion de todos los actos de esta especie que se castigaban con la última pena se ha trocado de un modo que llega á veces á ser fundamental. El adulterio es siempre un delito, y el incesto un pecado vergonzoso; mas la cohabitacion de un sirviente con barraganas ó parientas de su

señor ó con la nodriza de un hijo suyo; la de una mujer cristiana con judío ó con moro, nó son sino defectos comunes, sin ninguna reprobacion especial, sin ninguna pena. La más grave que en esta materia existe es la que se impone á la mujer adúltera; y esa no excede de seis años de prision menor.—Falta, pues, en un todo el extremo definiente, el que explicaba, el que decidía en la prescripcion de la ley de Toro.

109. ¿Qué diremos, pues, en semejante caso? ¿Tenemos aún, ó no tenemos en España hijos de dañado y punible ayuntamiento? Y si los hay, ¿lo serán aquellos cuyas madres hubieran merecido pena de muerte por su concepcion, con arreglo á las leyes criminales que existían al comenzar el décimo-sexto siglo?

110. Lo que causa la mayor dificultad, á nuestro concepto, para resolver esta duda, consiste en esa diferencia que ya hemos indicado, entre los casos que abarcaba en su tiempo la definicion. Si todos ellos fuesen en el dia inocentes ante el Código, materia de pecado pero no de delito, ninguna dificultad tendríamos en declarar que la denominacion de dañado y punible ayuntamiento y sus consecuencias eran cosas absolutamente terminadas. Si todos ellos, por el contrario, fuesen en el dia penados, castigados por el mismo Código, mirados como delitos verdaderos, siquiera no llevasen la pena capital, todavía podríamos estimar subsistente el precepto de la ley de Toro, modificando en los términos oportunos su explicacion y su definicion. Pero si el adulterio es delito, y moralmente muy grave, el cohabitar con persona de extraña religion está muy lejos de serlo, ni en lo existimativo ni en lo legal. ¿Cómo se han de colocar lo uno y lo otro bajo una misma linea, dándoles un propio nombre, y aplicándoles igual derecho?

111. En semejantes casos, si hay álgo que puede servirnos de regla es el buen sentido, es la prudencia, es la razon. Parécenos á nosotros que la expresion de *dañado y punible ayuntamiento* debería sustituirse por la de *delito*, en las hipótesis en que éste existe, borrándola del todo y sin sustitucion alguna en aquellos que segun las actuales idéas son de todo punto comunes. Y en cuanto al precepto de esta ley, reducido á que los hijos de tales ayuntamientos no sean herederos de sus madres, lo sostendríamos respecto á los primeros, y no lo sostendríamos de ningun modo para los segundos. Las razones que lo inspiraran son razones de moralidad, las cuales no dejan de tener hoy la propia fuerza que entónces tenían, existiendo de hecho el delito, subsistiendo esa perturbacion de las relaciones familiares; y por el

contrario, no son nada, no fueron sino una creencia deleznable, y ya insubsistente, cuando ni se conservan en la ley como traza de delito, ni las concibe como tal la opinion. Al hijo de adulterio no le estimaríamos heredero de su madre, que es lo que ordenaba la ley de Toro; porque aunque la adúltera no merezca ya pena de muerte, el adulterio es en el dia de hoy tan inmoral, tan digno de reprobacion, tan delito, en fin, como hace cuatro siglos. Tampoco la manceba del clérigo incurría, por serlo, en la pena de muerte natural; tampoco su hijo debia ser de dañado y punible ayuntamiento, segun el rigor de la definicion; y sin embargo, le coloca con aquel la ley de Toro, y le hace objeto de su disfavor y sus condenaciones. Por el contrario, al hijo de un judío y de una cristiana sí le estimaríamos tal heredero de ella; porque extinguido el delito, consecuencia temporal, producto accidental de la época que corría entónces, sólo vemos en él un espureo, que puede y debe serlo con arreglo á estas mismas leyes que vamos examinando.

112. Hé aquí por lo ménos la solucion que nos parece más prudente y más acertada. En cuanto á hechos, no conocemos ningunos, ni es fácil que se presenten, pues en tales casos siempre se oculta hoy la filiacion. Así, ni los podemos invocar en apoyo, ni contradicen lo que hemos presentado como una doctrina conciliadora y razonable.

VIII.

113. Hasta aquí las dudas que nos han ocurrido en las definiciones, ó con motivo de las definiciones de estas leyes. Pero hay otras que dicen relacion á sus preceptos, y en cuyo exámen debemos tambien ocuparnos sin más tardanza.

114. Primera. Comienza la ley décima diciendo que «en caso de que el padre ó la madre sean obligados á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte,» deban hacerse y se hagan las cosas que á seguida preceptúa. Y hemos visto ya que al escribir, que al formular tal suposicion, tal *en caso,* hase partido de lo que el código de D. Alfonso ordenaba, que es el que tenía declarado entre nosotros á cuáles hijos había, y á cuáles no había obligacion de alimentar. Fáltanos, sin embargo, tocar el último punto en esta materia, preguntando y respondiendo si siempre deben dar los tales padres á los tales hijos los alimentos de que aquí se habla, ó si esa

hipótesis que se supone indica y exije alguna distincion, alguna diferencia de diversas y aun encontradas eventualidades. Y si esto último es lo que de la frase se desprende, ¿cuáles son los casos en que se debe alimentar á los hijos, á quienes hemos dicho en los lugares oportunos que se pueden deber los alimentos?

115. Contestamos á esta cuestion, manifestando que el deber á que se refieren en esta materia las leyes, nace de la necesidad que á él dice relacion y le motiva. Los alimentos de la índole de que aquí se trata, ni se prestan sino por quien puede y en los límites de su poder, ni se deben sino á los que de ellos tienen necesidad y en el círculo de esta necesidad. Hay otros alimentos que se adeudan por contrato ó por costumbre; y entónces nada importa la situacion de riqueza ó pobreza de las personas, para que sean debidos y exigibles. Mas éstos que nacen de la humanidad, y que como tales consagra la ley, á más de no proceder el darse ó recibirse sino entre las personas íntimamente conjuntas que ya declaramos, no tienen lugar tampoco sino en la suposicion de ser, de una parte posibles, de otra indispensables. Á un hijo que es rico, acomodado de por sí, que tiene con qué vivir, siquiera sea con modestia, ni el padre ni la madre están en la obligacion de darle alimentos de los que aquí decimos. Falta el objeto del deber, y queda éste sin causa, y *de facto* no nace ó no subsiste. Lo cual es tan absoluto, que por más que el padre sea opulento, no varía ni se altera de ningun modo: pues que en el hijo no hay necesidad, los deberes del padre ilegítimo, como los del padre legítimo, podrán ser otros, mas no, de ninguna suerte, los de alimentarle á costa suya con esplendidez y opulencia.

116. De donde sacamos un nuevo comprobante, dado que fuese preciso, de que el derecho de heredar es muy distinto del de ser alimentado. Aquel, cuando procede, sea cual fuere la causa por que procede, es completo, es perfecto, y no se disminuye ni escatima porque el heredero tenga más ó ménos bienes á su vez: éste no nace, no se realiza, como hemos visto, sino por la falta de medios en que el hijo está de sostenerse á sí propio, desapareciendo ó quedando en suspenso cuando existen esos medios de que hablamos. Así, lo fundamental, lo constante, en las relaciones de ascendientes y descendientes, es que se hereden los unos á los otros; lo respectivo á alimentos es accidental, es variable, es un mero recurso, que no se verifica ó á que no se acude sino en los casos de necesidad, no pudiendo pedirse cuando no existe ésta.

117. Segunda dificultad con que tropezamos. Han fijado estas leyes el quinto de las herencias materna ó paterna como el máximum que las madres ó los padres podrán dejar á sus hijos ilegítimos, ó por alimentos ó por legados, en el caso de que los tengan tambien legítimos, y cuando las circunstancias de aquellos permitan ó exijan tales donaciones. Pero puede ocurrir una cosa. El que otorga su última disposicion se encuentra con seis, siete, ocho hijos legítimos, y tiene uno solo natural, espureo, bastardo, capaz, en fin, de recibir la expresada manda. ¿Podrá hacérsela del quinto entero? ¿Podrá dejarle toda la suma en que ese quinto consiste, de tal modo que sea mayor su parte que la de cada uno de los hijos de matrimonio? ¿No hay en esta eventualidad un principio de injusticia y de escándalo? ¿No debería limitarse la porcion del ilegítimo, de modo que no excediese de las de sus hermanos de mejor condicion?

118. Bajo cierto punto de vista, en un determinado órden de consideraciones, el mal y la inmoralidad pueden ser evidentes. Pero téngase en cuenta que éste es un resultado forzoso del derecho libre de testar, que, al ménos en una parte de sus bienes, ha sido necesario conceder á los hombres. Lo que aquel testador deja al bastardo, es lo que ha podido dejar á la persona que le fuese más extraña. La ley, pesando inconvenientes, ha creido que álgo no debía ser legítima de los herederos forzosos. Este álgo, por mínimo que fuese, aunque consistiera, por ejemplo, en el décimo, sería siempre mayor que la porcion de uno de aquellos, si eran más; por ejemplo, doce. No hay, pues, posibilidad de evitar con reglas ese suceso, á no ser que se redujera á la nada la libre disposicion de los bienes, ó que se establecieran legítimas variables, que darían en algunas hipótesis el mismo fatal resultado. Los hijos legítimos deben resignarse y estar satisfechos, toda vez que les queda incólume la porcion legal. Por razon de alimentos no deben temer que ningun hermano ilegítimo obtenga más que ellos, necesitándolos, obtendrían; porque en materia de alimentos es una cuota máxima, que no concedería ningun juez, cuando los herederos, hijos legítimos, llevasen partes menores. Por razon de legado, el natural, el bastardo, el espureo, están, repetimos, en la propia condicion que una persona extraña. ¿Podrían los herederos forzosos impedir que á esa persona extraña se le dejase una manda, consistente en tal suma?

119. Tercer punto, que requiere alguna ilustracion: lo tocante á la ley de Soria, del Sr. Rey D. Juan el I.—«Por no dar

ocasion, dice esta ley, que las mujeres así viudas como vírgenes sean barraganas de clérigos, si sus hijos heredasen los bienes de sus padres ó sus parientes, por privilegio ó cartas que tuviesen; ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre; ni hayan ni puedan gozar de qualquier manda, ó donacion ó véndida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aquí adelante: y qualesquier privilegios ó cartas que tengan ganadas ó ganaren de aquí adelante en su ayuda, contra lo que Nos así ordenamos, mandamos que les non valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar, ca Nos las revocamos y damos por ningunas.»

120. Hé aquí la ley á que se refiere, y que manda guardar la novena de Toro. Pero ¿á qué viene en ella su recordacion? ¿Qué tiene que ver ella con sus preceptos? ¿Qué puntos de relacion ó de contacto hay entre la una y la otra, para justificar esa referencia, esa cita?—Particulares son estos sobre los que debemos decir algunas palabras.

121. La ley de Soria, dictada, como ella misma dice, «por no dar ocasion que ciertas mujeres sean barraganas de clérigos,» fulminó sus disposiciones contra la transmision de los bienes de estos mismos á los hijos que procrearan de dichas barraganas. No sólo impidió á tales hijos que sucedieran á sus padres clérigos, por costumbre, por privilegio, de cualquier modo, sino que llevó su precepto y sus precauciones á un punto á donde no ha llegado ninguna otra ley, en odio de ninguna otra clase. Prohibió legarles, prohibió donarles, prohibió venderles: no dejó posible relacion alguna social entre estas dos especies de personas, los clérigos y sus hijos. Mas respecto á las madres no les impuso prohibicion alguna: por la letra de aquella ley, madres é hijos quedaban en la misma situacion en que ántes hubiesen estado; ni una palabra sola se destina á cambiar álgo, á innovar álgo en el derecho que los rigiera. Este derecho siguió siendo el de las Partidas, pues que las Partidas se hallaban autorizadas y vigentes cuando la ley de Soria se publicó.

122. Ahora bien: la ley novena de Toro, en la cual se cita, se recuerda, se manda la observancia de aquella otra, es una ley destinada á fijar las relaciones de los hijos ilegítimos, no con los padres, sino con las madres. La que trata de los padres es la décima. Y siendo esto así, no se concibe fácilmente á qué viene esa ley de Soria en el punto en que á ella se alude, ni qué

va á completar en aquel lugar donde se preceptúa su observancia. Citarla en la siguiente, en la décima, era natural, y tenía una obvia explicacion: invocarla donde la encontramos, é invocarla sólo para decir que se guarde y cumpla, parece un extravío de redaccion, una confusion de materias, una involucracion de asuntos y de órden.

123. Lo que puede, lo que debe pensarse, lo que dejamos indicado por incidencia y repetimos ahora de propósito, es que se trajo allí esa disposicion para señalar un caso más en los enlaces de dañado y punible ayuntamiento, y un caso que no entraba en la definicion genérica que se acababa de dar sobre los mismos. Despues de haber dicho que eran táles aquellos por los que incurría la mujer en pena de muerte natural, se quiso añadir el del amancebamiento con el clérigo, el cual no merecía por derecho una pena tan grave. Y como de estos amancebamientos trataba la ley de Soria, y aun tomaba contra sus hijos tan rigorosas medidas, por eso se mencionó la expresada ley, y se añadió con tal cita un verdadero apéndice, que parece desdecir de la de Toro á que está adherido. Mas sin defender la redaccion, que siempre es defectuosa, parécenos que estas consideraciones explican el hecho suficientemente, y no dejan duda acerca de lo que se ha entender y se ha de juzgar. Los hijos sacrílegos, de clérigos y sus barraganas, fueron, respecto á la madre, de dañado y punible ayuntamiento, con las consecuencias que producía esta calificacion: respecto al padre, su posicion siguió siendo la más desfavorable de todas, pues que no solamente no pudieron suceder por herencia, manda, donacion ó legado, en ninguna parte de sus bienes, sino que ni hacer de él adquisiciones por compra les fué permitido, queriendo la ley evitar los fraudes que con ese último pretexto pudieran cometerse.

124. Cuarto punto, sobre el que nos parece que tambien puede preguntarse álgo. Estas leyes de Toro, perfeccionando, corrigiendo el derecho anterior, han establecido lo oportuno sobre los alimentos y sucesiones de los hijos ilegítimos, respecto á sus padres y á sus madres. Sus preceptos no dicen textual relacion sino á la forma ordinaria que tienen los bienes de ir marchando en el mundo; aquella en que pasan de los ascendientes á los descendientes, de los que vinieron ántes á los que vinieron despues. Mas aunque ésto sea lo ordinario, lo comun, no es lo absoluto, lo exclusivo, lo universal; y así como en el órden legítimo suelen heredar ó recibir alimentos los ascen-

dientes, así tambien puede ocurrir en el ilegítimo que el hijo de esta clase fallezca sin dejar descendencia, ó que siendo él rico, tenga un padre ó una madre sumidos en la necesidad y en el desamparo. Si semejantes casos ocurrieran, ó más bien cuando semejantes casos ocurran, ¿hay alguna ley explícita, ó de dónde se toma el derecho por el cual se hayan de regir? ¿Son recíprocas, en lo posible, ó no lo son, las disposiciones de estas leyes de Toro?

125. Contestaremos en primer lugar que, por lo respectivo á alimentos, las estimamos en principio recíprocas, como lo son las comunes entre los padres é hijos de legítimo matrimonio. Donde la ley escribe para el ascendiente una obligacion de alimentar al que procede de él, la razon y el buen sentido leen una obligacion análoga en el descendiente para alimentar al que le ha procreado. Análoga decimos, y no otra cosa. Análoga es en las familias ordenadas por la religion y la ley; y no puede ser más en estas irregulares de que tratamos al presente. Si en ellas el sentimiento humano ha sido más poderoso que las solemnidades legales, y ha hecho que la madre siempre, y el padre cuando es conocido, deban alimentos á los frutos de su debilidad; una razon idéntica, ese propio humano sentimiento, quiere que en los recíprocos casos presten ayuda los hijos á sus padres y á sus madres. Ha inspirado lo uno y lo otro álgo que es superior á todas las obras de los hombres, porque es la obra de la divinidad esculpida indeleblemente en los corazones y en las conciencias.

126. Pasemos ahora á las sucesiones; y digamos tambien respecto á ellas que el derecho, el buen derecho, reconoce por base una semejante reciprocidad. Por de contado, que no se debe nunca perder de vista que esos hijos ilegítimos, que tienen padres, pueden tener á su vez otros hijos, que ó sean de matrimonio, ó sean ilegítimos como ellos. En estos casos, en el uno y en el otro, no hay que pensar en el derecho de sus padres: la sucesion hereditaria desciende primero que asciende, no asciende nunca cuando hay álgo hacia abajo que sea igual á lo que haya hacia arriba. Cuando un hombre ó una mujer tienen hijos, siquiera ilegítimos, y padres ilegítimos tambien, en igualdad de condiciones los unos y los otros, con este género de derecho de que hablamos los unos y los otros, es excusado decir—dicho ello se está,—que los descendientes han de ser primero que los ascendientes. Repetimos que la sucesion es un rio que corre hacia adelante, hacia el mar del porvenir; y que no se detiene

ni remonta su curso para el orígen, sino cuando halla el insuperable obstáculo de que no hay terreno por donde corra, de que no hay descendencia.

127. Pero el que va á testar, pero el que muere sin testar, no tienen hijos ni nietos; no tienen sino padres y madres, de quienes ilegítimamente recibieron el ser. Pues en este caso decimos que las reglas de las leyes novena y décima de Toro surten completa reciprocidad. Donde el hijo era heredero *ex testamento* y *ab intestato* de la madre, la madre es á su vez heredera *ex testamento* y *ab intestato* del hijo: donde ni el padre ni ella le podian instituir, ménos, indudablemente ménos, ha de poder instituirlos el hijo propio. Y decimos que *ménos*, sin vacilar; porque si la causa de tal prohibicion consistía en el delito de los padres, con mucha más razon ha de alcanzar á los mismos la consecuencia, cuando era verdaderamente suya, que no de sus hijos, la culpa.

128. No queremos extendernos, entrando en minuciosos pormenores. Tampoco los hemos de consignar, buscándolos en la sucesion de los colaterales. Aquellos son innecesarios. Esta no tiene ninguna relacion con las leyes de Toro: ni sus disposiciones ni su espíritu se dirigieron á tal propósito, modificando lo que existiera ántes. Las Partidas habian escrito lo que en esa sucesion de colaterales ilegítimos se debiese hacer; y el Ordenamiento ó Coleccion que nos ocupa, no varió, no tocó á sus disposiciones sobre este particular. Si nosotros comentásemos las Partidas, la doctrina entera, en su conjunto y en todas sus partes, entraría bajo nuestro exámen y juicio. Si escribiésemos un tratado completo de sucesiones, tambien nos sería forzoso el detenernos en su análisis. Mas como son las leyes de Toro las que estudiamos y comentamos, parécenos que basta una indicacion en lo que no es propio de ellas, á fin de que se vea que no lo olvidamos ni desconocemos. Es menester—(ya lo hemos dicho en dos ocasiones)—que sepamos poner un límite á la cadena de las cosas, para que nuestros trabajos acaben en donde deben acabar.

129. Una sola nos queda todavía por preguntar y por resolver. El derecho declarado, ordenado, sancionado por estas leyes de Toro, ¿es aún actualmente, y en el dia de hoy nuestro derecho? ¿No se ha revocado, no se ha alterado, no se ha modificado en ninguna parte?

130. Una sola variacion y una sola mejora se han hecho en él: el mayor lugar que se otorga á los hijos naturales en las he-

rencias paternas por la ley de 16 de Mayo de 1835. Segun la décima de Toro, hemos visto que podian ser herederos voluntarios de los padres, pero no lo eran legítimos nunca: *ab intestato*, no dicen jamás que hayan de sucederles. Y si bien las de Partida les concedian ese derecho, era tan sólo en una pequeña parte de la herencia, en el sexto, que habian de dividir con sus madres. Pues bien: la ley reciente, que varias veces hemos citado y acabamos de nuevo de citar, amplia sus acciones, y las lleva hasta el todo de la sucesion, cuando no hay parientes en el cuarto grado, y con preferencia á los de los grados posteriores. Ventaja importante, notoria, y que nosotros aprobamos; porque nos parece inspirada de un sentimiento humano y justo, y no encontramos que se haya herido con ella ningun principio verdaderamente respetable en el estado de nuestra sociedad.

IX.

131. Una palabra para concluir, aunque sea repeticion. Si los hijos ilegítimos, como tales hijos, no son herederos *ex testamento* ni *ab intestato* de los padres, con la sola excepcion, para los naturales, que acabamos de indicar; como extraños, cuando los padres no tienen herederos que lo sean forzosos, ninguna dificultad puede haber en que voluntariamente los instituyan. Esto, que siempre fué en general posible, siguió siéndolo por la legislacion de Toro, y lo es tambien en el dia, sin otra limitacion que la puesta por la ley de Soria, recordada y mandada guardar en esta novena, respecto á los hijos de los clérigos.

LEY DUODÉCIMA.

(L. 8.ª, TÍT. 8.°, LIB. X, NOV. REC.)

Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, é despues su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto ó descendiente legítimo ó de legítimo matrimonio nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes, *ab intestato* ni *ex testamento*. Salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su ánima, les quisieren alguna cosa mandar, que fasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces y no más. Pero en todas las otras cosas, ansí en suceder á los parientes, como en honras é proeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legítimo matrimonio.

COMENTARIO.

I.

1. La legitimacion es un hecho propio y especial de sociedades avanzadas, de estados y de pueblos cultos. Si el matrimonio existe donde quiera que existe la sociedad, de la cual es

la base; si la ilegitimidad puede existir tambien, toda vez que caben los extravíos ó de vicio ó de pasion; no sucede así con esta otra materia, con este asunto, con esta invencion, á cuyo estudio nos lleva el de esta ley duodécima de Toro: los pueblos infantes no la conocen; las sociedades sencillas no la pueden concebir en su inteligencia ni consignar en sus leyes. Mil años llevaba Roma ántes de haberla escrito en sus códigos: heredera como lo fué de parte de su ciencia y de muchas de sus costumbres, tampoco la había admitido nuestra España, aun despues del largo período de independencia y de ilustracion que llamamos la Monarquía goda.

2. Puede decirse más; y es, que la primera idéa de las legitimaciones debió venir del cristianismo. En la Roma pagana ni era natural ni era indispensable. Si alguna vislumbre de este género ocurría al sentido de aquellos estadistas filósofos, con la arrogacion tenían lo suficiente para ponerla por práctica, por obra. Necesitóse que la doctrina de la Cruz santificara el matrimonio, al mismo tiempo que una civilizacion refinada extendía sus consecuencias por el mundo, para que la combinacion de lo uno y de lo otro engendrase ese establecimiento nuevo, cuya tendencia de perfeccion no habían podido descubrir las generaciones de la vieja república y aun del propio imperio de los Césares.

3. Fué Constantino el Grande quien, con el propósito de combatir al concubinato y de hacerle venir á verdadero matrimonio, abrió la puerta á esta ficcion de derecho, segun la cual se reputan hijos de legítimas nupcias los nacidos anteriormente de padres que vivían en aquel, y que no tenían obstáculo para contraer éstas.

4. Con todo, cuando se resolvió así, cuando se adoptó por primera vez ese recurso, no se instituyó como una cosa permanente y estable. La medida fué por una vez sola; dictóse para lo pasado, y no para lo porvenir; fué un privilegio concedido, y no una regla perpetua hallada y señalada como tal. Aun parece que fué el mismo espíritu el que inspiró las análogas constituciones de Zenon y de Anastasio: solo Justiniano, el gran ordenador de aquel derecho, elevó á institucion definitiva lo que no había sido sino recurso temporal, y escribió como norma irrevocable de la ley, que cuando un hombre se casase con su manceba, de la cual había tenido hijos siendo los dos libres, estos hijos se estimaran legitimados, cual si hubiesen sido concebidos y tenidos en pleno y perfecto matrimonio.

5. Despues de esta completa innovacion, que perfeccionaba el privilegio de Constantino y le elevaba á institucion civil, fué cuando la Iglesia, teorizando aún sobre lo que tal principio habia inspirado, escribió en su derecho canónico aquellas conocidas y terminantes palabras: *Tanta est vis matrimonii ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*—Con las cuales palabras, con el cual pensamiento, ha sucedido lo que sucede con todas las idéas justas, verdaderas, civilizadoras: que las halla, que las anuncia, que las formula el espíritu que les es más propio ó más análogo; pero que despues de oidas, la humanidad entera las conserva, y ninguna corriente de civilizacion puede olvidarlas, ninguna puede eximirse de su jurisdiccion ó de su influjo.

6. Mas encontrada la idéa de la legitimacion por medio del subsiguiente matrimonio de los padres, fué una cosa natural el que se la buscase tambien por otros medios, con otros recursos. El espíritu romano-imperial halló otros dos; y de entrambos debemos hacernos cargo, porque entrambos fueron aceptados, y fueron tambien escritos por nuestras leyes.

7. Es el primero de ellos el que se llamó de *oblacion á la curia.* Las curias, las municipalidades romanas, destituidas de todo resto de poder, solo ofrecian en los tiempos del Bajo Imperio cargas, gastos, gravámenes, á los que estaban adscriptos á ellas, bajo cualquier carácter que fuese. Huian, pues, todos de semejante ocupacion; y resultaba de ordinario hasta el no haber en las ciudades más populosas quien desempeñara los deberes municipales. De aquí el nacimiento de singulares penas y de extraños privilegios, con que queria atraerse á los ciudadanos, á los vecinos diríamos mejor, para que aceptaran semejantes puestos. Y entre esos privilegios propios ocurrió á Teodosio el Jóven, entrado ya el quinto siglo, que podria ser uno el de adquirir la legitimacion que no tuvieran, aquellos hijos que fuesen ofrecidos por sus padres para llevar las mencionadas cargas, ó aquellas hijas que lo fuesen á su vez para esposas de esos oficiales curiales, de los mismos decuriones jefes y cabezas de ellos.—¡Recurso verdaderamente extraordinario; crítica amarguísima del estado del mundo romano en aquellos tiempos; confusion de idéas que apénas se alcanza, que apénas se concibe:—que los puestos municipales de dignidad y de honra hubiesen llegado á tal degradacion, que ni aun bastasen la fuerza y el apremio para conseguir que fueran desempeñados, y que se necesitara acudir á hombres que tenian una mancha, por lo

ménos una desgracia notoria, y lavarlos de esa desgracia misma, para que consintiesen en encargarse de las cosas públicas!

8. Por último, el emperador Justiniano, el mismo que fijó su definitivo carácter á la legitimacion por subsecuente matrimonio, fué tambien quien inventó la tercera forma ó clase que hizo toda legitimacion posible. Esta forma fué la de un mero privilegio, la de una gracia individual, contenida en un rescripto del Soberano. El legislador vió que la oblacion á la curia no producía los apetecidos y esperados efectos: observó que el subsiguiente matrimonio no podía siempre realizarse, ya porque hubiese muerto la mujer, ya porque se hubiese imposibilitado, ya, por fin, porque su conducta la hiciese indigna del matrimonio; y queriendo aún en estos casos dejar expedita la legitimacion, abrió esa nueva puerta, ménos justificada al parecer que las anteriores, pero racional asimismo, siempre que no se abusara de ella para dar un paso franco al favor puro y al notorio desmerecimiento. Muy léjos se estaba ya de las primitivas idéas romanas, bajo el doble poder de la caridad del cristianismo y de los hábitos orientales.

9. Tal era la legislacion civil, perfeccionada en Bizancio, y cuyo espíritu había de venir de Bolonia á inspirar las Partidas de nuestro D. Alfonso. Mas álgo de semejante á ese espíritu se había hecho lugar en nuestras costumbres y en nuestras leyes castellanas. Por cualesquiera causas que fuese,—investigacion que nos llevaría léjos, y dilataría el presente Comentario más de lo justo,—es lo cierto que ántes de las expresadas Partidas habían dado grandes pasos nuestros mayores en una materia tan doctrinal como la presente, resolviéndola, bien puede decirse, con la misma amplitud y quizá con la misma perfeccion con que la resolvemos hoy.

10. No, de seguro, por la ley de los Visigodos, segun dijimos ántes. Aquella ley no pronuncia una sola palabra en el particular. Extrañeza causa, si se quiere, ese completo silencio, pero es indudable que lo observa; que ni San Isidoro ni Recesvinto creyeron oportuno decir nada en materia despues tan importante.

11. El derecho de nuestras legitimaciones se escribió ante todo en el Fuero Real. Ya nos ocuparemos despacio en varias de sus leyes, cuando examinemos las consecuencias que semejantes actos producen; mas ahora que tratamos tan sólo de su índole y su naturaleza, nos bastará con citar dos que los caracterizan del modo más completo y terminante. La 2.ª, tít. 6.º, lib. III, que

se reduce á las siguientes palabras: «Si home soltero con mujer soltera fiziere fijos, é despues casare con ella, estos fijos sean herederos.» Y la 17.ª del propio titulo, que comprende las que ponemos á continuacion: «Magüer que el fijo que no es de bendicion no deve heredar segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puédale facer legitimo, é sea heredero tambien como si fuese de mujer de bendicion; ca así como el Apostólico há poder llanamente en lo espiritual, así lo há el Rey en lo temporal, é como el Apostólico puede legitimar aquel que no es legítimo para aver órdenes é beneficios, así lo puede legitimar el Rey para heredar é para las otras cosas temporales.»

12. Como se ve, pues, las dos capitales idéas del derecho bizantino en materia de legitimacion, la del subsecuente matrimonio y la del rescripto regio, se encuentran admitidas, definidas por nuestro Fuero Real castellano. Tomáralas de aquel, tomáralas del derecho canónico, inspiráraselas la recta razon, es lo cierto que allí están íntegras y perfectas. Lo que allí no hay es álgo que se semeje á la oblacion á la curia; medio discordante con nuestra organizacion y nuestras costumbres; medio que no podía venir á nuestras leyes sino con el empeño de copiar y de acomodar en ellas todas las idéas del derecho civil.

13. Eso debía suceder y eso sucedió, como tantas veces hemos dicho, con el código de las Partidas. En el cual no sólo se encuentran las dos clases de legitimacion obvias, naturales, y que el Fuero Ral mencionara y consagrara, sino que hay tambien la referida adscripcion á la curia, extendida asimismo á la córte, y aun algun otro medio indirecto ó inductivo, de todo lo cual es necesario hacer aunque sean breves referencias.

14. En cuanto á lo primero, á esas oblaciones ó adscripciones, hablan de ellas las leyes 5.ª y 8.ª, tit. 15.º de la cuarta Partida: «Si tal fijo como este (un hijo natural)—dice la primera—llevare su padre á la córte del Emperador ó del Rey, ó al concejo de la cibdad ó villa donde fuere, ó en cuyo término morasse, ó á otra cibdad ó villa qualquier, magüer non morasse en ella nin en su término, é dixesse públicamente ante todos: este es mi fijo, que hé de tal mujer, é dólo á servicio deste concejo; por estas palabras lo face legítimo; solamente que aquel fijo que da assi lo otorgue é non lo contradiga.»—«Oficial de alguna cibdad ó villa—dice la segunda—que tienen de los mayores oficios en toda su vida, casando tal como éste con fija natural de alguno que oviesse de amiga, estonce quando el padre

la casa con tal ome la faze legítima. Otrosí, quandol fijo natural de algun ome se offresciesse él mismo á servicio del Emperador ó del Rey, ó de alguna cibdad ó villa..... diciendo concejeramente ante todos como es fijo de tal ome;..... si esto fuere cosa cierta..... fázese legítimo por esta razon.» Vese, pues, que el sistema de las oblaciones existe, y aun existe ampliado en el Código de D. Alfonso; sin haberse tenido en cuenta que no se encontraban en Castilla los motivos ó las razones de más ó ménos valer que produjeran su adopcion en el Imperio. Mas esto no nos puede sorprender cuando de semejante Código tratamos: estimándole en todo lo que vale, todavía no se ha de olvidar cuán escaso de crítica racional y cuán desconocedor de la verdadera historia, había de ser necesariamente el siglo XIII.

15. Hemos dicho, en segundo lugar, que hay en las Partidas algun otro medio de legitimacion, por decirlo así, extensivo, inductivo, y que se sale del propio cuadro del derecho justinianéo. Dejamos aparte lo de una declaracion testamentaria, en la cual se exprese que se tienen tales hijos naturales, y se les instituya por herederos legítimos; pues al cabo cuando esto sucediere, lo que la ley ordena es que el Monarca los *deba* legitimar (1), entrando así el hecho en la categoría de los rescriptos soberanos. Mas el precepto siguiente (2) dispone en textuales palabras que si un hombre reconoce á otro por hijo, en escritura, con tal que no diga más, con tal que no exprese que es natural, se tenga incuestionablemente por legitimado. Y más adelante añade que no solo produce esa escritura la legitimacion del que va reconocido en ella, sino tambien la de sus hermanos, si los hubiere, hijos del mismo padre y de la misma madre. Disposiciones singulares una y otra; extensiones que pasan todos los justos límites; reglas para las cuales ni conocemos modelos, ni descubrimos en nuestra inteligencia suficientes causas. Debieron de tener por orígen las opiniones de algun doctor; y tomaron lugar en aquel cuerpo de doctrina y de leyes, más quizá para servir de solucion á casos rarísimos, que para ser de hecho verdadera regla en un pueblo culto y en un estado noble y poderoso.

16. Porque la verdad es que no obstante esas disposiciones de las Partidas, nuestra práctica de todos los tiempos no ha reconocido, no reconoce otros medios de legitimacion que el sub-

---

(1) L. 6.ª, tít. 15.º, P. IV.

(2) L. 7.ª

secuente matrimonio, y la merced ó el rescripto del Soberano. Ni hubo legítimas causas para aceptar como tal medio la oblacion al concejo ni á la córte; ni mucho ménos ha debido entrar en la conviccion de nadie que la escritura de que poco hace hablábamos, sea una manera de hacer legítimos á hijos que no lo fuesen. En primer lugar, el reconocimiento que ella contuviera no aprovecharía jamas sino á las personas, á los hijos, á quienes expresamente hiciese relacion; y en segundo lugar, el tal reconocimiento podría completar la *naturalidad* de los propios hijos, con arreglo á la ley undécima de Toro, pero no podría hacer otra cosa, no produciría ningun otro resultado. Si las Partidas dijeron más, eso más que dijeron no tiene ningun valor. Acordémonos de lo que ha sido y es ese Código; y convengamos en que en este particular su precepto no pudo ser, no fué, sino una letra muerta. Rechazado desde luego por el instinto público, acabó de borrarse cuando la ley de Toro que nos ocupa no le dispensó ni aun la honra de mencionarlo expresamente. Lo único que esta ley hizo fué no suponer sino las dos clases de legitimacion que eran racionales, las que describía el Fuero Real y que sancionaba la práctica; pero claro es que con decir el derecho respecto á esas dos y sólo respecto á esas dos, descartó completamente lo que no tenía ningun motivo de ser, lo que solo había tomado lugar en las Partidas por el conocido y especial carácter de ese Cuerpo legal, y lo que en la hipótesis de que subsistiese habría necesitado más que nada de explicaciones para fijar y ordenar sus efectos.

17. No hay, pues, en Castilla más que las dos referidas especies de legitimacion, y no necesitamos hablar más que de ellas en este Comentario á la ley duodécima de Toro.

II.

18. Sabido qué es la legitimacion, señalados los modos de hacerla, estamos en el caso de examinar, primero: ¿qué hijos son los que pueden legitimarse? Segundo: ¿qué efectos legales surten las legitimaciones? Aquello, lo demanda el conocimiento aun sumario de la materia: ésto entra de lleno, esencialmente, en la explicacion de la ley actual.

19. Pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, ante todo, los hijos naturales. Este es el fundamento típico, la

idéa primitiva y espontanea de la legitimacion: los que eran nacidos de concubinato, fingíase, entendíase, reputábase que pasaban á serlo de matrimonio, cuando sus padres, que vivieran en aquel, contraían éste, para el cual no tenían ni habían tenido ningun impedimento. *Tanta est* (pudo justamente pensar y proclamar la Iglesia) *vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

20. Pueden serlo igualmente los espúreos, cuando los padres y las madres, á la par, eran libres. Pueden serlo aun los mánzeres, si por ventura los padres eran conocidos, y ellos y las madres se hallaban en igual caso. Porque, en una palabra, lo que se há menester para esa legitimacion es que en efecto el hijo sea tal, habidò por las dos personas que despues se casan, y que éstas pudiesen contraer justamente matrimonio á la época en que le concibieron.

21. Y tánto es de esta suerte, que si un hombre y una mujer tuvieron, siendo libres, un hijo natural; y si despues uno ó los dos perdieron aquella libertad que tenían, casándose con otra ó con otras personas; y si más adelante tornaron á recobrarla, enviudando, y contrajeron matrimonio entre sí;—es doctrina constante, fundada en concluyentes razones, corroborada con textos expresos, no contradicha por ninguno, y recibida plenamente en la práctica, que aquel hijo natural, primitivo, queda legitimado, como si el enlace de sus padres hubiera tenido lugar inmediatamente á su nacimiento, siendo la continuacion del concubinato en que vivían, y sin que ocurriesen aquellos otros que le opusieran el obstáculo temporal de que va hecha mencion.

22. ¿Pueden ser legitimados de esta propia suerte los hijos incestuosos? ¿Pueden serlo los bastardos, procreados en una soltera por un hombre que no lo es? ¿Pueden serlo, por último, los adulterinos, los nacidos ilícitamente de mujer casada?—Hé aquí tres casos, en los que aparece desde luego más dificultad para contestar á la pregunta; porque en todos ellos había obstáculo legal al concebir la prole, aunque en todos ellos quepa despues la posibilidad del matrimonio.

23. Comenzamos por los que son producto del incesto; es decir, de tios y sobrinas, de primos, de cuñados, que tienen prohibicion de casarse por afinidad ó parentesco, pero prohibicion que se puede dispensar. Y decimos sin duda alguna en este punto que de hecho tiene lúgar la legitimacion, cuando se consigue la expresada dispensa, y con ella y por virtud de ella se

verifican las justas nupcias. Esa dispensa constituye á las dos personas que la ganan en un estado de libertad, que no puede ménos de retrotraerse para este efecto á la época en que concibieron el hijo. Verdad es que en aquella no se podían casar el uno con la otra; mas no era esto porque cada cual de ellos estuviese individualmente imposibilitado de casarse, sino porque tenían prohibicion de hacerlo entre sí, únicamente entre sí. Tanto el hombre como la mujer eran por su esencia, por su estado, libres; y tanto el uno como la otra, ó por mejor decir, los dos,—porque esto no es simple, sino complejo y relativo,—podían obtener esa licencia, ese beneplácito de la Santa Sede, que dejaría libre tambien, que haría posible y legal su matrimonio. No era ningun lazo indisoluble, no era ningun obstáculo insuperable, no era el derecho perfecto de ningun otro lo que los separaba: faltábales tan sólo el haber conseguido una cosa que podía conseguirse. Si la obtienen despues, y se unen por consecuencia de ella, está en el carácter, en el espíritu, en la índole de toda esta doctrina de la legitimacion, que ese complemento de su capacidad se retrotraiga, y que la absolucion de un pecado, que no envolvía infracciones más graves, rompimiento de lazos más poderosos, lleve consigo la completa, subsiguiente, legitimacion de la prole. Cierto, indudable, que no podían casarse sin dispensa cuando hubieron aquel hijo, y que por eso es incestuoso y no natural; pero cierto, indudable es tambien que con esa dispensa habrían podido hacerlo, y que ya la han obtenido, y que con ella han verificado su matrimonio (1).

24. Lo contrario decimos en los casos de adulterio, sea sencillo ó sea doble, sea propio ó de la mujer, sea impropio y extensivo ó del varon. Los hijos bastardos, ó de un hombre casado que tiene amiga ó barragana, los hijos legalmente adulterinos, ó de una mujer casada que se entrega á quien no es su esposo, todos estos no se legitimarán jamas por el subsecuente matrimonio de sus padres, si habiendo quedado libres lo llegaren á contraer. Impídelo la naturaleza de semejante prole, la situacion en que los padres se encontraban al tenerla. Aquí no hay posibilidad de la retrotraccion de nada, porque no hay nada que retrotrayéndose pueda caber en aquel real y efectivo caso. No olvidemos que cuando nacieron los hijos en cuestion, los padres

(1) Esto, que ha dicho siempre la razon, está comprobado en el dia por autoridades irrecusables. Hay una cédula de 1803 que expresamente lo declara. No la insertamos, porque es sumamente conocida.

estaban imposibilitados de contraer matrimonio; y esto por un obstáculo absoluto, que no podia salvarse, del que no podía dispensarse ni prescindirse. Ó los dos, ó por lo ménos uno de ellos, encontrábanse, segun se supone, ligados con otras personas. Si esas otras personas fallecieron, y ellos se casan despues, la idéa ficticia, la suposicion de este casamiento, no puede llevarse ni alcanzar á una época en la que existía otro matrimonio efectivo y real. Es, pues, aquí irracional é imposible lo que hemos admitido para el incesto: el obstáculo es infinitamente mayor, es de otra naturaleza; la condicion de estos hijos es mucho más desventajosa, mucho más desgraciada.

25. ¿Qué diremos del caso en que el hijo fué concebido en adulterio, y en que al tiempo de nacer, el padre adúltero—impropiamente adúltero, el padre casado,—ó la madre adúltera eran ya libres, porque hubiesen muerto sus cónyuges? ¿Será tambien entónces imposible, ó será posible la legitimacion, por el subsiguiente matrimonio de los padres?

26. Los que entendieren la definicion del hijo natural, que formula la ley undécima de Toro, en los términos materiales en que está escrita, esos llamarán con aquella calificacion á estos hijos, y no verán inconveniente en que sean legitimados por el acto á que nos vamos refiriendo. Mas nosotros no hemos seguido ese sistema; nosotros no hemos comprendido así la ley; nosotros hemos concebido y explicado de otra suerte, en nuestro Comentario anterior, su espíritu y su potestad. Esa doctrina, pues, no puede ser nuestra doctrina. Á tales hijos los hemos estimado adulterinos ó bastardos, como á los que nacieron continuando el impedimento de sus padres. Y al hacerlo así hemos dado nuestras razones, en cuya creencia persistimos. Por lo cual, excusándonos de repetirlas, no tenemos que hacer otra cosa que remitir á nuestros lectores á ese Comentario que acabamos de citar. Véanlo de nuevo, si es que quisieren recordarlas, y pésenlas otra vez en su buen juicio. Si allí hemos tenido razon, si la ley no ha podido querer decir lo que literalmente dice, si su verdadera y genuina inteligencia es la que señalamos, nuestra respuesta á la presente duda tampoco puede ser dudosa: no son los hijos de adulterio, no son los hijos de personas casadas, los que cabe legitimar por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Es imposible concebir la retrotraccion de este matrimonio á un tiempo en que otro matrimonio lo hacía imposible; é imposible era, sin ninguna duda, cuando se procrearon los hijos de que por hipótesis se trata, pues que la pro-

creacion es la concepcion cuando ménos, y hemos dicho que al tiempo de concebidos estaban sus padres ligados con otras personas diferentes.

27. Visto así, de un modo breve, claro, racional, qué hijos pueden ser legitimados por el matrimonio de los que le dieran el ser, debemos ver ahora cuáles, si únicamente los mismos ó si algunos otros más, pueden serlo por los rescriptos de los soberanos.

28. Asentemos ante todo que, en buenos principios de razon y de justicia, esta segunda clase de legitimacion sólo debe estimarse un suplemento de la primera: repugna á nuestro sentido moral que tenga otro principio ni que en sí pueda ser otra cosa. Se concibe bien, en efecto, que cuando ha fallecido la que fuera amiga del padre, y madre de su prole; que cuando se ha levantado entre ella y él un obstáculo semejante al de la muerte, porque haya pronunciado solemnes votos ó casádose con otro hombre; el padre, libre siempre, pueda acudir al legislador, al Monarca, y pedirle que supla con una merced de su soberanía lo que á él le es imposible de todo punto. Aun sin esas imposibilidades absolutas, la razon alcanza alguna otra moral: la madre de la prole se ha hecho de tal manera indigna por sus actos, que no es decente, que no puede ser, el que un hombre honrado le dé su nombre y la llame su esposa. Pero en uno y en otro caso, en la esfera material ó en la esfera moral, siempre es una imposibilidad notoria de realizar el casamiento lo que determina y justifica á los ojos de la razon este recurso del rescripto. Cuando el matrimonio fuera posible, repugna, decimos, á nuestra inteligencia y á nuestro sentido íntimo que se eche mano de otro recurso que él, para crear aunque sea ficticia y existimativamente lo que solo el mismo matrimonio crea en el órden real y natural de las cosas.

29. Ahora bien: si la legitimacion por privilegio suple, y no debe hacer más que suplir á las nupcias subsiguientes, si sólo debe admitirse cuando éstas no puedan tener lugar por álgo que las impida, posterior á la procreacion ó al nacimiento de los hijos, parécenos una consecuencia necesaria el que ese privilegio no haya de otorgarse, sino tratándose de tal prole que por su naturaleza habria podido recibir la legitimacion de aquellas propias subsiguientes nupcias. Otra cosa no sería suplir; otra cosa sería lanzarse en propósitos y por causas que no tendrian ni límites ni reglas racionales, que dependerian únicamente de los caprichos y del favor.

30. Esto por lo ménos es lo que nos dice nuestra conciencia, lo que enseñan los buenos principios. Para profesar una doctrina diferente, ó más bien para bajar nuestra cabeza ante ella, admitiendo respecto á los hijos de delito la indulgencia que se puede tener con los hijos de falta, sería necesario que la viésemos escrita en claras y terminantes leyes. Miéntras no, no hemos de admitir jamas que á medida que se van supliendo unas cosas con otras, se vayan extendiendo las supletorias sin razon y sin término, de manera que lleguen á no tener ninguna semejanza con las suplidas.

31. Pues esa mayor amplitud, pues esa extraordinaria indulgencia, no las encontramos autorizadas en nuestros códigos. Y sin embargo, debemos confesar que alguna vez y más de alguna vez han sucedido, se han tenido y verificado de hecho. Si registramos archivos y crónicas, si recordamos tradiciones, bien puede ser que hallemos á hijos ilegítimos de personas casadas, autorizados por los soberanos para entrar en las familias legales de sus padres. El que esto escribe ha leido por sus mismos ojos una cédula de legitimacion concedida al hijo de un sacerdote. Y no ocurrió por cierto este caso en pasados siglos, cuando cierta laxitud en las costumbres podía aminorar el escándalo del hecho; no. El rescripto se concedió por el señor D. Cárlos IV, sesenta ó setenta años hace; y el autor de esta obra conoció cuando niño á la misma persona legitimada. Un poco más era el suceso que los indicados y prohibidos por la ley de Soria (1).

32. Sinceramente hablando, no creemos que en el dia de hoy pudieran verse concesiones semejantes. Imposible es que gobierno alguno, no digamos el constitucional que nos rije, con sus Cámaras, con su libertad de imprenta, con su influjo necesario de la opinion pública, pero ni aun el absoluto de D. Fernando VII en 1832, el del Pretendiente cuando guerreaba en Navarra; imposible es, decimos, que ninguno de ellos se hubiera atrevido á ejecutar un acto de esa especie. Tenemos confianza en la razon universal; no creemos en la repeticion de lo monstruoso, cuando todo el mundo está persuadido de su deformidad moral, de su condenacion por todas las leyes. Quizá no

---

(1) Hemos visto tambien la legitimacion de un bastardo, hijo de hombre casado y mujer soltera, otorgada por la Santa Sede en el primer tercio de este siglo. El agraciado y su familia son conocidísimos en nuestra sociedad española.

somos individualmente mejores en el dia que lo fueron nuestros antepasados en el siglo XV; pero la sociedad oficial, pero los poderes del Estado, seguro es que no se permitirán ahora mucho de lo que entónces se permitieron. Y en cuanto á la época de fines de la centuria pasada y principios de la presente, todo el mundo sabe á dónde llegó en España el escándalo de aquel periodo, y todo el mundo siente que no es fácil descendamos á ver otro de tanta incuria y de tanta abyeccion.

33. Y sobre todo, y sea del hecho lo que sea, lo que en este lugar inquirimos y lo que debemos escribir es el derecho. El abuso reconocido por tal no puede nunca engendrar á éste. La doctrina no se eclipsa ni deja de mostrarse cual es á los hombres, porque algunos poderosos la hayan despreciado y conculcado. La conciencia siente y la razon proclama que los hijos ilegitimos á quienes el subsecuente matrimonio de sus padres puede legitimar son los que hemos especificado nominativamente; y que estos mismos, y no otros, son los que puede cubrir con sus beneficios el regio rescripto que reemplaza y suple á aquella legitimacion. Cuando ese rescripto es ménos que aquella en sus resultados, cuando dá ménos derechos, como vamos á exponer en seguida, no podía ser que alcanzara y beneficiara á los que no puede alcanzar y beneficiar aquella.

III.

34. Pero ¿cuáles son las consecuencias, cuáles los efectos de las legitimaciones? ¿Qué posicion dan en las familias á los legitimados? ¿Producen una propia los actos de subsiguiente matrimonio y los rescriptos de los Reyes, ó la producen diversa, distinguiéndose los unos hijos legitimados de los otros?—Hé aquí la segunda pregunta ó cúmulo de preguntas que más arriba quedaron indicadas, y á que es tiempo y razon de contestar al presente.

35. La condicion familiar del hombre comprende diferentes fases ó respetos, como expusimos en un Comentario anterior. Tiene una que es, por decirlo así, social y pública, que consiste en llevar legítimamente el nombre de los padres, en pertenecer á su clase, y tambien en poder ser admitido á ciertas honras, cargos, distinciones, que exijen esa posicion de familia ó de legitimidad. El apellido, la nobleza, la capacidad de puestos; hé

aquí lo que consideramos en ese primer punto de vista más externo y ménos íntimo que los restantes, más propio del estado, de la ciudad, y ménos propio de la interioridad ó de la casa. Pues bien: sobre este punto, el efecto de la legitimacion es completo, é igual le producen las dos clases en que aquella se divide. Noble es el hijo legitimado, si el padre es noble; y capaz, por otra parte, de todos los oficios y de todas las preeminencias para que se requieren, ó se han requerido por lo ménos, condiciones de sangre y de linaje.

36. Ni se comprende que fuera de otro modo. Por un lado, aun los hijos naturales puros, los reconocidos pero no legitimados, gozan ya de esas distinciones de familia, y poseen la nobleza cuando han nacido de padres que la tienen. ¿Cómo, pues, no habían de disfrutar de ese privilegio los que son más que los naturales, pues que han salido de la condicion de ilegítimos, de esa propia de naturales, tal vez, para elevarse á otra evidentemente superior? Y bajo otro concepto, ¿qué sería la legitimacion misma, si no produjese estos efectos en cuyo exámen nos estamos ocupando? ¿Cuáles había de producir, para que no fuese una palabra vana é irrisoria?

37. *Legitimar*, ni vulgar ni técnicamente puede significar otra cosa que *hacer legítimo*: *legitimado*, solo del que es *hecho legítimo* es de quien puede decirse. La idéa natural de la legitimacion no es otra sino la de conceder á los que la obtienen los derechos de la legitimidad. Esto es lo obvio, esto debió ser lo primero que se pensara. Si despues se notó que haciéndolo así omnímodamente podían causarse perjuicios, herirse derechos respetables, y se detuvo la ley ante una consideracion tan justa; por lo ménos, donde semejantes perjuicios no se pudieron concebir, donde no cupo maltratar ni aun rozarse con interes de ninguna especie, claro es que faltó toda razon para poner reservas ó excepciones, y que los efectos naturales del acto que se admitía ó creaba debieron seguir su fácil y sencillo curso. De aquí que la legitimacion pueda no igualar á la legitimidad, concurriendo con esta, en la division de bienes, en el goce de derechos que son limitados y de naturaleza exclusiva, en lo que pertenece al órden interno ó doméstico, en una palabra; pero en lo exterior, en lo tocante á la sociedad más que á la casa propia, en el nombre, en las armas, en la clase, en la aptitud para las honras públicas, en lo que no se divide ni se menoscaba para ninguno porque lo lleven otros dos ú otros doscientos; en todo eso no hubo, ni hay, ni puede haber razon para limitar los derechos de los legitima-

dos, y los gozan éstos de consiguiente, sin que se los haya negado nadie, ni práctica ni ley, como si fuesen de todo punto legítimos, como si hubiesen nacido en el más legal y perfecto matrimonio. Así lo declaró la ley de Partida (1); así y no ménos terminantemente lo ha declarado esta de Toro que comentamos.

38. Síguese el órden, como decíamos ántes privado, en el que debemos examinar tres cosas: la patria potestad, el derecho respectivo á alimentos, y el derecho respectivo á sucesiones. Estos dos últimos fueron, segun se recordará, los que analizábamos al tratar de los hijos ilegítimos—(de la patria potestad no podía ser cuestion hablándose de ellos);—y en los tres es donde evidentemente están reunidas todas las relaciones posibles entre los padres y los legitimados en que nos ocupamos ahora.

39. Acerca de la patria potestad seremos muy breves. Se deriva sin duda de la legitimacion, como se deriva de las legítimas nupcias, como se deriva de la arrogacion que tambien suple á estas. La patria potestad es la primer consecuencia de la paternidad y de la filiacion legales, en tanto que no llega la emancipacion del hijo. Donde quiera que el derecho encuentra á éste en la primitiva relacion con su padre, formando los dos una familia, allí declara un poder, allí muestra un súbdito. Eso es notorio, elemental, no ofrece dificultades de ningun género. Lo único que debemos advertir al mencionarlo es que la legitimacion que produce patria potestad es la de los hijos solteros, y no la de los casados, ni la de los nietos tampoco. El matrimonio incluye entre nosotros emancipacion; y el nieto no está sujeto á la potestad del abuelo, ni en las condiciones de la legitimidad comun.

40. En el segundo punto, en la cuestion de alimentos, no concebimos ni sabemos que haya habido jamás ni que pueda haber duda. Si el padre los debe á los hijos ilegítimos cuando es conocida la paternidad; si la madre se los debe siempre, porque la madre no es desconocida ni incierta nunca, ¿cómo no los han de deber á estos otros, que no solamente han procreado, sino que han querido hacer suyos despues, deliberadamente, y con una reiteracion de voluntad, que solo respecto á ellos puede señalarse? Alimentos les deberían siempre porque les habían dado el sér: alimentos les deben por una doble causa, pues que con un acto posterior han ratificado esa procedencia misma, y perfeccionádola, y elevádola, cuanto les permitían unas benévolas

(1) L. 9.ª, tít. 15.º, P. IV.

leyes. No se procréa—si es lícita esta palabra—dos veces á una persona, para no criarla, para no educarla, para no alimentarla despues, en la natural extension de los medios de quien la ha de criar, educar, alimentar. Así, en el punto de que tratamos, ninguna diferencia debe admitirse entre los legitimados y los legítimos propios. Si el derecho no da detalles, no fija pormenores, establece sin duda principios, de los que saca justas consecuencias la razon.

41. Llegamos, por fin, al punto de las sucesiones, que ha sido y es el único grave, el único que puede ofrecer dificultad (1). La legislacion no había sido uniforme en esta materia. En ella, como en tantas otras, una cosa había dicho el Fuero Real, y otra habían escrito las Partidas. La doctrina y la práctica vacilaban; y de aquí la necesidad de que las leyes de Toro las ordenasen y las fijasen.

42. Segun las de Partida (2), los hijos legitimados, de cualquier órden que fuesen, puesto que no hace entre ellos diferencia, habían de suceder con los legítimos y partir con estos los bienes de sus padres. No hay más que un caso de excepcion á esta regla, y es cuando la legitimacion no procede del padre propio, sino que el hijo la ha ganado ú obtenido por sí, ofreciéndose al servicio del Rey ó del concejo, ó casándose, si es hija, con dignatario concejal. Entónces, pero sólo entónces, no heredarán al igual y en comparticion con los legítimos descendientes: en todo otro caso, como dice la ley misma, no sólo «pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non ovieren,» mas «si los ovieren; heredarán en parte como los otros fijos que ovieren de mujeres legítimas.» Tánta es, segun aquel Código, la fuerza de la legitimacion hecha ó conseguida por el padre: tal poder le atribuye, y de tal modo la iguala con la propia legitimidad.

43. Ménos ámplio, ménos favorable parecía el derecho del Fuero de las Leyes. Contra lo que es comun en la comparacion de tales códigos, este segundo, primero y más antiguo en el órden de los tiempos, había sido en la opinion comun más mi-

(1) La sucesion de que aquí hablamos es la herencia comun; no la de mayorazgos ó cosas vinculadas. En esa materia hay álgo que decir sobre los derechos de los legitimados, sobre su aptitud y lugar. Mas eso no corresponde al Comentario presente: todavía no hemos llegado á las leyes que hablan de vinculaciones.

(2) L. 9.ª, tít. 15.º, P. IV.

nucioso, y había distinguido y sutilizado más en la materia que nos ocupa. Verdad es que la ley 2.ª, tít. 6.° del lib. III, que hemos citado ántes, decía solo en sus breves palabras: «Si home soltero con mujer soltera ficiese hijos, é despues casare con ella, estos hijos sean herederos.» Mas ese derecho de las legitimaciones por matrimonio no se extendía ni aplicaba, segun la creencia de las gentes, á las legitimaciones otorgadas por autoridad real. Respecto á éstas, citábanse nada ménos que tres leyes, que tambien vamos á copiar en seguida, tánto porque son cortas, cuanto porque no debemos prescindir de sus textuales palabras, no creyendo como no creemos que su aplicacion á tales legitimaciones fuese la más acertada ni la más genuina. Nuestros lectores juzgarán sobre ello con completo conocimiento de causa.

44. Ponemos por primera la 7.ª, tít. 22.° del lib. IV, que dice textualmente de este modo: «Quien quisiere recebir por su fijo, fijo que haya en mujer que no sea de bendicion, recíbalo ante el Rey ó ante homes buenos, é diga en tal manera: éste es mi fijo, que hé de tal mujer, é desde aquí adelante quiero que sepades que es mi fijo: é si aquel que lo así recebiere por fijo muriese sin manda, el tal fijo herede lo suyo, si fijos legítimos no hubiere, ó nietos, ó dende ayuso; é si manda quisiere fazer, fágala sin empescimiento de aquel fijo que así recebió; y el fijo que así fuere recebido haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo, y ésto se entiende de los fijos naturales.»

45. Es la segunda, la 5.ª, tít. 6.° del lib. III, de la que son las siguientes palabras: «Todo home que no oviere fijos de bendicion, é quisiere recebir á alguno por fijo, é heredarle en sus bienes, puédalo fazer: é si por aventura despues oviere fijos de bendicion, hereden ellos é no aquel que recibió por fijo; y ésto mismo sea por el fijo de la barragana, que fué recebido por fijo é por heredero.»

46. La tercera, en fin, de estas tres leyes de que hablamos es la citada más arriba, la 17.ª del propio título y libro. «Magüer que el fijo que no es de bendicion no deve heredar, segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere fazer merced, puédale fazer legítimo é sea heredero tambien como si fuesse de mujer de bendicion; ca así como el Apostólico há poder llenamente en lo espiritual, así lo há el Rey en lo temporal: é como el Apostólico puede legitimar aquel que no es legítimo para haber órdenes é beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar é para las otras cosas temporales.»

47. De las tres leyes que acaban de copiarse, y de algunas otras ménos expresivas, concordantes con las dos primeras, se ha deducido generalmente que por el Fuero Real heredaban los hijos legitimados á virtud de rescripto cuando se hallasen solos, pero que perdian ese derecho si los padres llegaban á tener hijos legítimos de verdaderas y justas nupcias. Puede ser que sea así; puede ser que nos equivoquemos en este particular, como podemos equivocarnos en cualquiera otro; puede ser que nos ofusque una ilusion, y que veamos fantásticamente algo que no es. Mas en nuestra conciencia, de lo que hablan las dos primeras de esas leyes es, ante todo, de hijos *reconocidos*, y despues de hijos *adoptados*, ó para hablar con más propiedad, *arrogados*. De *legitimacion*, de verdadera legitimacion, no hay en ellas una palabra sola. Ó léanse, si no, considérense, analícense, todas las que usan. Siempre se dice *recibir* hijos; nunca se dice, nunca se indica el trasladarlos de la ilegitimidad á la legitimidad. Ni se habla de matrimonio, ni tampoco de privilegio concedido por el Monarca. El Rey, que encontramos allí, es un testigo que autoriza; no es un soberano que otorga, que concede, que suple. Si se observase que aquellos hijos que se *reciben* lo eran ya del que los recibia, nosotros notaremos á nuestra vez que semejante circunstancia no empece á nuestra calificacion: no estaban bajo su potestad, no pertenecian á su familia, y por ese medio podian constituirse en la una y en la otra. Lo cierto es que no se encuentra la palabra *legitimacion*, y que á nuestro juicio tampoco se encuentra la idéa de semejante acto.

48. Así, nada importa para el punto de que tratamos, que la eventualidad de nuevos hijos de matrimonio destruya lo que se hubiese hecho por virtud de esas leyes, si lo que se habia hecho por virtud de esas leyes no era la legitimacion, la verdadera y genuina legitimacion, cuyos efectos estudiamos en el presente análisis.

49. No podemos decir lo mismo respecto á la ley 17.ª, título 6.°, lib. III del mismo Código, citada y copiada en tercer lugar. Aquí sí que se habla de legitimacion por merced del Príncipe, como en la segunda de aquel título que tambien ántes hemos copiado se habla de igual legitimacion por matrimonio. En nuestro concepto, estas dos leyes, y solamente estas dos leyes, son las que se refieren al caso, en el Fuero Real que nos ocupa. Pero téngase en cuenta que ni la una ni la otra subordinan los derechos que reconocen á ninguna eventualidad posterior. Segun ellas, el subsecuente matrimonio y el rescripto soberano

hacen legitimados y herederos á los que no lo eran; y ninguna indicacion contienen de que esta postrer cualidad pueda nunca extinguirse ni quedar baldía, despues de ganada ú otorgada. Esto es lo que leen nuestros ojos, lo que concibe nuestra mente.

50. Mas sea lo que fuere de tal opinion, tengamos ó no tengamos razon en nuestro juicio, parece que la creencia contraria era la comun, y que á principios del siglo XVI se entendía el Fuero Real como hemos indicado en los números anteriores. Es sobre todo fuera de duda que la había respectivamente á los derechos de los legitimados en las herencias de sus padres, y que esta duda reclamaba una decision auténtica que la extinguiese. De aquí el precepto de esta ley duodécima de Toro: de aquí las palabras, las explicaciones, con que los consejeros de doña Isabel redactaron el texto que comentamos en este instante.

51. Respecto á los legitimados por subsiguiente matrimonio, nada se ha innovado, nada se ha alterado en ella: no se hace sino volver á igualar, poner de nuevo juntos y en una propia categoría á éstos y á los que son legítimos por su nacimiento y su orígen. Permanece, pues, el antiguo derecho, el de los cánones, el de las Partidas, el de la jurisprudencia, el del Fuero Real. Podemos decir siempre con los primeros: *Tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Podemos decir siempre con el último: «Si home soltero con mujer soltera fiziese hijos, é despues casase con ella, estos hijos sean herederos.» Nada, repetiremos por última vez, hay en contra.

52. Respecto á los legitimados por rescripto ó por gracia, la ley no dice nada del caso en que pudiera haber, precedentemente á la legitimacion, otros hijos ó descendientes legítimos, herederos forzosos de los legitimantes. Esto es, no dice nada de una manera directa; porque en forma indirecta ó incidental, bien da á entender que puede haber diversos derechos en la tal hipótesis de legitimacion. Al emplearse este inciso «aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos,» bien se indica que caben en aquel acto varios propósitos y varias fórmulas; que puede haber legitimaciones con mayor ó menor amplitud, con mayor ó menor capacidad hereditaria. «*Aunque* sea legitimado para heredar» dice la ley; luego puede ser legitimado sin que obtenga semejante derecho. Lo uno es la consecuencia necesaria de lo otro.

53. Supónese, pues, y es una suposicion completamente de

lógica como de buen sentido, que cuando se impetra la gracia deben exponerse las circunstancias del impetrante, la existencia ó no existencia de legítima prole; y que en vista de ello, respetando derechos, no hiriendo intereses legítimos, es como se concederá la legitimacion de los agraciados. Mas de cualquier modo que sea, la gracia, el privilégio, habrán de tener ejecucion segun estén concebidos y escritos, no existiendo causas de obrepcion ó de subrepcion que los invaliden ó los anulen. Si se otorgaron para heredar, alcanzarán sus efectos á la herencia; si no se otorgaron con ese fin, porque se respetó á legítimos herederos existentes, claro es tambien que no puede dárseles una extension ue pugna con sus condiciones propias. Todo esto era evidente d suyo, y no se habría necesitado para entenderlo de una nue a y expresa ley.

54. El ob eto de la que examinamos fué un caso distinto: aquel en q habiéndose concedido la merced plena, entera, con faculta de heredar *ex testamento* y *ab intestato* á los padres, naciese des ues á estos algun hijo ó descendiente legítimo, ó le legitimasen or subsecuente matrimonio. Esta hipótesis, segun la creencia c mun, parecía estar prevista y decidida por las leyes del Fuer Real que ántes copiamos, en el sentido de que quedase la leg timacion sin el efecto de hacer heredar. En nuestro juicio, que azonamos ya como nos pareció oportuno, semejante creencia era infundada y erronea. Mas sea lo que fuere de lo uno y de o otro, los legislares de Toro, dejando á un lado las Partidas, in erpretando el Fuero si era menester, pusieron por derecho in uestionable lo que entendía la opinion comun haber querido te. El nacimiento de descendientes legítimos menoscabó, a enguó los derechos de los ya legitimados por gracia, siquier hubiese sido ella la más amplia posible, privándolos de lleva la herencia de los ascendientes propios. Y no solo el nacimi to de legítimos tuvo tal consecuencia, sino que la tuvo tambie la legitimacion de otros ilegítimos, como fuese hecha por sub iguientes nupcias. De suerte que no sólo se decidió y escribi aquí la inferioridad, ántes por lo ménos dudosa, del legitimado por merced, sino que se confirmó asimismo la perfecta, abso uta igualdad del legitimado por matrimonio con el que es legíti o por naturaleza. Cuando sobrevinieron de cualquiera de esta dos clases, aquel otro quedó evidentemente postergado: lo qu el padre puede dejarle (no dice la ley que deba, que tenga obl gacion) es el quinto de sus bienes solamente, del cual pudiera simismo disponer en beneficio de su alma ó en

provecho de un extraño.—Otra cosa dice tambien la ley que siempre le queda; que es el derecho de suceder á los demás parientes, así como las honras y preeminencias anejas al carácter de legitimidad. Lo mismo esto último que las acciones alimenticias, lo tenemos consignado ya en el presente Comentario: sobre el derecho de sucesion á esos otros parientes, bueno será que digamos una palabra.

55. Los parientes de que la ley habla en esta frase, son los parientes transversales y no otros; son los tios, son los primos del legitimado: pues que de los ascendientes, padres y abuelos, ya deja dicho que aquel pierde su herencia por el advenimiento de los que le excluyen. Y á primera vista, y cuando no se ha reflexionado sobre tales palabras, parecen extrañas ciertamente, y no se concibe la razon de su precepto. ¿Por qué, ocurre, se ha de tener mayor derecho, accion más poderosa ó más firme, en los bienes de un tio que en los bienes de un padre? ¿Por qué el legítimo que viene despues ha de ser un embarazo para la adquisicion de éstos, y no ha de impedir la adquisicion de los otros?

56. Mas reflexionando álgo, por poco que sea, en el particular, muy luego se descubre el buen sentido y la recta razon de la ley. No son homogeneos, ni con mucho, los derechos de una persona, sea legítima sea legitimada, en los bienes de sus ascendientes y en los de sus parientes transversales. Respecto á los primeros, son tales derechos absolutos, forzosos; respecto á los segundos, son potestativos, voluntarios. El padre y el abuelo tienen por obligacion que instituir á sus descendientes; el tio puede instituirlos, preterirlos, nombrar á quien quiera: son sus herederos *ab intestato* cuando él nada dijo, pero no lo son necesariamente *ex testamento*; no lo son cuando él prefiere otras personas. Infiérese de esta distincion que si se hubiesen dejado iguales respecto al padre á los legitimados y á los legítimos, aquel hubiera tenido precision de instituirlos á los unos como á los otros: la execuacion se habría realizado en su testamento, en su herencia, indispensablemente. En los transversales no sucede así: aun dejando como se deja á los legitimados, aquel su pariente que va á testar puede llamarlos ó no llamarlos, segun tenga por oportuno, instituirlos ó no instituirlos, segun le plegue, adelantarlos, postergarlos, colocarlos á su voluntad respecto á los legítimos. De suerte que lo que se les otorga, más bien que un derecho es una capacidad; ó si derecho real es para el caso de los *ab intestatos*, no puede perderse de vista que estos son

los ménos comunes, y que se debe presumir en ellos que el difunto quería espontaneamente la sucesion legal, cuando, facultado para hacerlo, no se cuidó de ordenar otra.

57. No es, pues, un descuido, no es, mucho ménos, un notorio yerro lo que está escrito sobre ese particular en la ley. Téngase presente que ella ni quería ni podía anular los efectos esenciales de toda legitimacion; y que una vez que conservaba la de rescripto, debió no inutilizarla, no quitarle su carácter. Quiso establecer diferencias entre ella y la de matrimonio: estimó que no era merecedora de tantos favores: llevó un poco atrás á los hijos que por su merced habían sido agraciados. Quizá creyó que no hacía en ello sino conservar las antiguas tradiciones de Castilla escritas en el Fuero Real. Pero no fué, repetimos, su ánimo el extinguir, el aminorar de todo punto esa legitimacion misma: los agraciados no habían de volverse á hacer hijos espureos ó naturales, porque les hubiesen nacido hermanos que fueran legítimos. Disminuyendo álgo su posicion, no debía esto ser sino en lo que la razon demandase: todo lo demás había de quedarles, todo lo demás había de seguir perteneciéndoles. Ante un superior derecho, justo era que cediese su derecho, para no causar un efectivo perjuicio: donde no hubiese verdadera lesion, no había por qué se anulara ni se disminuyera.—Así, por lo ménos, comprendemos nosotros el espíritu de esta ley, y por esa norma resolveríamos todas las dificultades que pudieran venirnos de su tenor.

IV.

58. La ley que estamos examinando menciona la legitimacion de los nietos, y tambien hemos aludido á ella nosotros en este Comentario. Pocas palabras explicarán cómo puede ser, y cuáles son los efectos que produce.

59. Tuvo una persona un hijo espureo ó natural, que vivió siempre como ilegítimo para sus padres, que se casó, que tuvo descendencia, que falleció en aquella situacion en que se hallaba. Si despues de esto el padre primitivo, el abuelo de los que han quedado, se casa con la mujer de quien hubo tal hijo, éste no se puede legitimar porque ya no existe, pero se legitimará su descendencia, y serán nietos legitimados del abuelo que contrae tal matrimonio. Lo propio se puede verificar por rescripto ó

gracia del Monarca: el abuelo puede pretender la legitimacion de aquellos descendientes, y concederla el que hubiera podido conceder la del hijo si estuviese en vida.

60. En cuanto á las consecuencias de tal legitimacion, no es punto que ofrece la menor dificultad. El derecho de los nietos es el de los hijos, habida consideracion al órden y lugar que ocupan en la familia.

V.

61. Los trámites que se siguen en el dia para obtener un rescripto de legitimacion, están fijados en la real órden de 10 de Abril de 1838. Segun ella, los que soliciten esta gracia acudirán directamente á la audiencia territorial respectiva, presentando la solicitud para S. M. y los documentos en que la apoyen, ó bien al gobierno, quien lo remitirá todo á la propia audiencia. Ésta comisionará al juez de primera instancia para la formacion del oportuno expediente, en el que se oirá á las personas interesadas, y se recibirán las informaciones que ofreciere el solicitante. Hecho así, y devuelto á la audiencia con informe del juez comisionado, se oirá al fiscal, y se informará tambien al gobierno por la audiencia misma. Sólo despues de todo esto, y con tan amplia y conveniente instruccion, es como se propondrá á S. M. por su Ministro de Gracia y Justicia lo que pareciere de hacer en cada caso.—De más está el decir que aprobamos completamente tales garantías, creyendo como creemos que ninguna es lujosa ni superflua en asuntos de tanta gravedad y de tamaño interes.

LEY DÉCIMA TERCIA.

(L. 2.ª, TÍT. 5.º, LIB. X, NOV. REC.)

Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos ó son abortivos; ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nasció vivo todo, y que á lo ménos despues de nascido vivió veinte y quatro horas naturales, y fué baptizado ántes que muriesse; y si de otra manera nascido, murió dentro del dicho término, ó no fué baptizado, mandamos que el tal hijo sea havido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes. Pero si por el absencia del marido, ó por el tiempo del casamiento, claramente se provasse que nasció en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea havido por parto natural ni legítimo.

COMENTARIO.

I.

1. Esta ley contiene evidentemente dos partes, á más de la explicacion con que principia, y que fué el motivo de dictarla. La primera, clara en su propósito, clara en su precepto, completamente en armonia con ese motivo que quedaba consignado.

La segunda, cuya relacion con él no se advierte del mismo modo, expuesta á dudas acerca de su fin, y que no explica por sí propia todo el derecho que establece, sino que se refiere á dipo-siciones que debían ya existir en otros códigos.—Hablaremos ante todo de aquella, que no há menester esfuerzos de estudio, para venir luego, como es razon, á examinar y á comprender esta otra.

2. Sabido, vulgar es que los hijos son herederos legítimos y forzosos de sus padres; y no solo los que viven á la época de su muerte ó que han dejado á su vez otros hijos para representarlos, sino tambien los póstumos, los que nacen despues de esa muerte misma. Si al testar el padre no ha contado con ellos para instituirlos, ninguna duda tiene que al nacer anulan, rompen, modifican, segun los casos, la institucion que aquel hubiese hecho. Esta doctrina, repetimos, es en principio vulgar, y no hay obligacion de desenvolverla ahora. La suponemos, debemos suponerla, como la supone y la da por sentada esta ley.

3. Mas para que el hijo póstumo sea tal heredero de su padre, para que su nacimiento produzca efectos, para que adquiera derechos y los transmita á alguna persona, es necesario que efectivamente llegue á nacer y á vivir, como un ser completo, natural, humano: es necesario que no sea tan solo un embrion, y que el parto que le produce no sea un aborto. Un aborto no da tales derechos á los ojos de la ley: un embrion, un feto, un principio de sér, que no tiene el complemento necesario para vivir humanamente, siquiera nazca porque de hecho salga á luz, ni puede recibir para sí nada proveniente de los que le engendraron, ni traspasar á nadie por su falta eso propio que hubiera debido ser suyo, mas que *de facto* no llegó á serlo.

4. Tambien esta doctrina es clara, y en sus fundamentos no ofrece ninguna dificultad. Supuesta la condicion de ser completo ó de ser abortivo, no caben dudas, no caben cuestiones, en cuantos casos se presenten. Los seres completos, naturales, adquieren derechos y los transmiten; los seres incompletos, abortivos, los propiamente fetos ó embriones, ni pueden poseer, ni pueden traspasar. La dificultad única del caso ha de estar necesariamente en la calificacion de aquello que nació. ¿Vivia, ó no vivia, segun la naturaleza? ¿Lo estimó vivo y vividero, ó lo estimó abortivo la ley?

5. Las de nuestros antiguos códigos no parecian explícitas ó suficientes en el particular. Teníamos dos del Fuero-Juzgo (la 18.ª y la 19.ª, tít. 2.°, lib. IV), cuyas palabras terminantes

eran como sigue: «.....Establescemos—(dice la primera)—que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo, é visquiere X dias.....» Y la segunda: «El padre muerto, si el fiio ó la fiia visquieren X dias, *ó más ó ménos*, é fuere baptizado, quanto quel pertenecía de la buena del padre, todo lo deve aver la madre.»—Si en esta segunda ley, enmendando al parecer la anterior, no existieran las palabras *ó más ó ménos*, ellas nos habrían dado una regla, que podría parecer acertada ó no acertada, pero que sería indudablemente fija y segura. El hijo póstumo que no viviese diez dias sería estimado abortivo, y el que viviera y hubiese sido bautizado se tendría por natural para los efectos de recibir y transmitir herencias. Mas ese *ó más ó ménos* de la ley posterior destruye de todo punto la fijeza del plazo, y acaba así con lo que la primera determinaba, constituyendo la esencia de la condicion que debían contener. ¡*Ménos!* ¿Hasta dónde llega este *ménos*, cuando era un mínimum de vida lo que aquí debía y parecía buscarse, como prenda de ser natural y completo el ente que había venido á luz?

6. El Fuero Real, más lógico en esto que el Juzgo, prescinde de señalar tiempo alguno de vida, toda vez que no se propone el señalarlo fijo y constante. La ley 3.ª, tít. 6.° de su libro III, comienza con estas palabras: «Si el que muriere dexare su mujer preñada, é no oviere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la mujer escriban los bienes del muerto ante el alcalde, é téngalos la mujer: é si despues nasciere fijo ó fija, é fuere baptizado, haya todos los bienes del padre; etc.» Donde se ve que, con arreglo á este Código, aun la vida instantanea era suficiente, con tal que la santificara el bautismo: que todo sér, perfecto ó imperfecto, nacido en condiciones ó sin condiciones de duracion, siempre que de hecho viviese y recibiera el agua de la fé católica, era ya en el acto heredero de su padre anteriormente muerto, y ganaba derechos incuestionables, ora para sí propio, ora para transmitirlos á su madre, á los padres de su madre, ó á las personas, en fin, que fuesen herederos legítimos de él propio.

7. Eran, pues, distintos sistemas el del Fuero-Juzgo y el del Fuero Real. Aquel habia querido confirmar el hecho de la vida con cierta duracion de su esencia, aunque la fórmula que empleó en su segunda ley era ilógica y desgraciada: éste, el Fuero Real, había prescindido de semejante confirmacion, y contentándose con el hecho del vivir, aunque tal hecho fuese instanta-

neo, aunque consistiese únicamente en nacer y en recibir el bautismo.—Sólo en este último punto, en el del bautismo, habían estado conformes los dos Códigos: ni uno ni otro permitían que gozase derechos de familia en nuestra nacion el que no había entrado en el seno de la Iglesia, ni recibido sobre su frente el sacramento que nos regenera y nos salva.

8. El propio sistema que dejamos señalado como del Fuero Real es tambien el que siguen las Partidas. Lo encontraban por una parte en aquella ley verdaderamente española; y por otra, lo tenían tambien en su ordinario modelo, el cuerpo del derecho romano. Así, nada hay en ellas que indique la necesidad de un determinado tiempo de vida. Con tal que el hijo póstumo viva al nacer, con tal que sea hombre y no monstruo (1), hereda indudablemente á sus mayores, y transmite á su vez la herencia á los que de él deduzcan su derecho. Ni aun la circunstancia del bautismo se exije en estas leyes, como se había exijido en las anteriormente citadas; no la pedía el derecho imperial, y no ocurrió añadirla á los doctores de que se valía D. Alfonso.

9. Con semejantes antecedentes, vese bien toda la fuerza del motivo alegado en la que nos ocupa; toda la exactitud de la calificacion de insuficiente, que hemos dado á nuestro antiguo derecho: debían, sin duda, de ocurrir cuestiones sobre si los hijos que morían recien nacidos eran seres abortivos ó naturales, sobre si habían vivido ó no habían vivido en verdad y realidad. En aquellos primeros instantes de la existencia, la vida tiene que ser álgo de bien tenue y de bien dudoso: cuando á los pocos momentos ya no se conserva, bien puede vacilarse, bien puede disputarse sobre si al nacer se tuvo ó no se tuvo. El bautismo, por otra parte, no acaba de justificar el hecho de la afirmacion; porque el bautismo de socorro se presta, y debe prestarse siempre, por poca duda, por leves probabilidades de vida que haya. De manera, que cada caso en que hubiese un recien nacido muerto á los pocos minutos ó á las pocas horas, no podía ménos de producir, en el hecho, un pleito sumamente dificultoso; en la razon, un problema las más veces insoluble. La materia se prestaba á esas incertidumbres; y los intereses las fomentarían, sin duda alguna, hasta el término que indican las palabras con que comienza nuestro texto.

10. Por eso se volvió en él al sistema del Fuero-Juzgo, si

---

(1) L. 5.ª, tít. 23.º, P. IV.—L. 8.ª, tít. 33.º, P. VII.

bien perfeccionándolo en su idéa, y haciéndolo consecuente en su expresion. Quísose que la vida del nacido fuese comprobada con algunas horas de duracion y subsistencia despues del nacimiento, á más de exijir que fuese completa en el sér que venía á luz, cuanto esto puede reconocerse en tal estado y en tales circunstancias. Supúsose que el que no nace vivo todo, y no permanece tal siquiera un dia, es porque tiene tal vicio, tal desórden, tal imperfeccion fundamental, que no puede estimarse naturalmente vividero, que es abortivo en la esencia, aunque disfrute un principio de vitalidad, inseguro, efímero, transitorio. Supúsose, por el contrario, que cuando se ha nacido con plenitud de vida, y ha podido disfrutársela veinte y cuatro horas, la existencia natural, humana, es perfecta, como lo puede ser en el término de la gestacion y en el momento de un verdadero parto. Y aceptando para base de la ley estas suposiciones, se creyó encontrar álgo que era á la par visible, notorio, por sí, y que no consentía tanta dificultad ni tanto litigio como los que de buena fé y de mala fé podían ántes suscitarse. Más racional y más práctico al mismo tiempo este sistema, hizo bien la ley en arbitrarlo y en escribirlo en el presente Cuaderno de buen sentido y de justicia, que pedían los pueblos, y que formaban para satisfacerlos los Reyes. Y acertada debió ser la resolucion, cuando al cabo de tres siglos y medio de existencia no sabemos que haya pedido nadie que se altere ó que se modifique.

11. Excusado nos parece el advertir, como conclusion de este punto, que los defectos con que pueden nacer esos seres de que se trata, no les empecen de ningun modo, si son tales que con ellos puede vivirse. No ha de tenerse por feto aquella criatura á la que falte un brazo, pues que vemos seres que viven larga vida con faltas semejantes. Otra cosa sería si apareciese un verdadero monstruo, de los que escribieron las leyendas, y admitieron como posibles los códigos antiguos; pero la verdad es que esos entes informes ó no viven nada, ó no viven las veinte y cuatro horas que demanda nuestro texto. Con ese plazo se ha evitado y se ha resuelto toda racional dificultad: no prescindiendo de él nunca, improbable es que se presente caso alguno en que pugnen entre sí lo que manda el derecho y lo que aconseja imperiosamente la razon.

II.

12. Pero hay en esta ley una segunda parte, segun dijimos más arriba y habrán observado por sí nuestros lectores.—«Si por el absencia del marido (dice) ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nasció en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho fijo las calidades susodichas—(nacer vivo todo, vivir veinte y cuatro horas, y ser bautizado,)—que no sea habido por parto natural ni legítimo.»—Son las textuales palabras.

13. Ahora bien: ¿qué es lo que tales palabras quieren decir? ¿Qué es lo que supone esta declaracion? ¿Para qué se hace y se consigna en la presente ley?—Reflexionemos un poco, á fin de comprenderla á ella, y de alcanzar y determinar su objeto.

14. Partamos como primera base, de que la gestacion tiene su plazo natural; no fijo é invariable de todo punto, por minutos ó siquiera por horas, pero encerrado sí dentro de ciertos límites, de un mínimo y de un máximo que no se traspasan. La naturaleza no podía dejar de tener en ésto una ley, como la tiene en todas las cosas. El hombre ha pugnado por conocerla, ha tenido necesidad de conocerla, y próximamente la conoce. La observacion y la ciencia se la han dicho, siquiera no sea con toda perfeccion; y él la ha escrito en sus códigos, donde estaba obligado á escribirla para resolver gravísimas cuestiones de legitimidad.

15. Nueve meses cumplidos es el plazo vulgar que en todos los tiempos ha designado el mundo como término del embarazo en las personas humanas. Y sin embargo, desde el instante mismo de fijarse esa regla, se conoció bien que tenía cierta amplitud, y que sus verdaderos límites estaban más acá y más allá de ese determinado punto. Desde el séptimo y hasta el décimo mes han sido siempre reconocidos y comunes los partos de seres vivideros: desde el séptimo hasta el décimo, principiado aquel, terminado éste, los han proclamado en todo tiempo como buenos y legítimos la ciencia y la legislacion, desde Platon é Hipócrates hasta las Partidas de D. Alfonso y el Código penal de 1849 (1).

(1) L. 4.ª, tít. 23.°, P. IV.—Art. 400 del Código penal.

16. No es del caso examinar aquí si la ciencia ha dicho su última palabra, ni si la legislacion no debería sufrir alguna reforma, en el caso de que aquella prestase nuevos datos, de todo punto concluyentes. Recusándome á mí mismo respecto de lo primero, paréceme sólo que hechos extraordinarios, fenomenales, siquiera tengan toda la certeza apetecible, no se pueden tomar como base para prescripciones comunes, exponiéndose así á todas las malas artes del interes y de la corrupcion. Puede ser que se haya presentado en el mundo un parto natural de doce meses: pero si este hecho se tomase como regla, ¿cuántas viudas no se harían engendrar hijos dos y tres meses despues que han quedado tales, y los harían pasar como legítimos de áquel cuyo nombre llevaron? Bueno es, diremos siempre, tener en cuenta las posibilidades de lo justo y de lo lícito; pero no lo es ménos advertir las de lo injusto y de lo criminal. Algo debe inclinarse el ánimo en la suposicion de lo inocente; pero no tánto que se abra la puerta, para precipitar en el vicio á los mismos que se guardarían de él en más severas circunstancias.

17. Como quiera que ésto sea, nuestra legislacion supone que el periodo del embarazo es de siete meses empezados á diez meses cumplidos, de ciento ochenta y uno á trescientos y un dias. Si una mujer casada de ménos tiempo que aquél pare y tiene descendencia, esta tal descendencia no se estima legítima prole de su matrimonio. Si una mujer viuda ó cuyo marido está ausente, pare y tiene descendencia, cumplidos esos trescientos y un dias de la ida ó de la muerte, esa tal descendencia no se estima legítima del marido ausente ó difunto. Esto es lo que se deduce de la ley de Partida y del artículo del Código penal que hemos citado, no contradichos por ningun otro texto.

18. Teniendo á la vista un derecho semejante,—(no el del Código, como se supone, sino el de las Partidas,)—fué como se concibió y se dictó esta ley de Toro que al presente nos ocupa. Ella había comenzado diciendo que se estimase parto natural aquel en que el recien nacido se presentaba vivo del todo, conservaba esa vida por veinte y cuatro horas, y entraba con el bautismo en el gremio de la Iglesia. Mas en el instante en que lo decía así, presentóse á sus autores la posibilidad de que el matrimonio de los que aparecían padres del hijo, de su madre y del que estaba ó había estado casado con su madre, ó no llevase bastante tiempo para producir prole naturalmente, ó no pudiera ya producirla, por haber cesado de hecho, ora con la muerte del padre, ora con su ausencia, que traía la separacion de los

cónyuges. Cabía sin duda tal hipótesis: era esta suposicion posible: y parecióles, en su juicio, que debian indicar y resolver la dificultad. ¿Declararemos naturales (debieron de preguntarse) estos partos de que tratamos, éstos en que el hijo vive un dia y se bautiza, cuando las circunstancias de los padres presuntos eran de tal género que no los pudieron engendrar, segun la ley y la doctrina comun? ¿Los declararemos naturales, efectivos, salvo el que se tengan por ilegítimos despues; ó evitaremos esta segunda y escandalosa cuestion, disponiendo que no se estimen por de aquella clase (naturalmente nacidos), con lo cual no hay necesidad de discutir si fueron ó no fueron de esta otra, (ilegítimos, de adulterio)?

19. Hé aquí en nuestro juicio la razon y el objeto de la ley: hé aquí la única clave para comprenderla y aplicarla rectamente. Había tenido por propósito el evitar las dudas que solian ocurrir acerca de los hijos *que mueren recien nacidos*: ésto lo dice en terminantes palabras ella propia; no cabe desconocerlo, no cabe dudarlo. De esos es, pues, de los que quiere hablar; para semejantes casos es para los que instituye y ordena derecho. Acerca de los que pasan de ese primitivo instante, acerca de los que duran y entran de lleno en la vida, nada pretende decir, y nada dice, sobre lo que se hallaba estatuido en los demás códigos. Si se disputa sobre su condicion, á esos otros códigos es adonde hay que acudir para resolverla. La materia de esta ley son los recien nacidos que fallecen en aquellos umbrales del mundo: el objeto de esta ley es el declarar si de esos seres débiles, efímeros, transitorios, fué ó no fué natural, real, efectivo, productor de derechos, el nacimiento. Pues bien: ella ha distinguido dos casos: el primero que es el comun, el que escribe como regla; y otro segundo de especiales circunstancias, en el que ha estimado prudente modificar esa regla misma. Segun aquel, hay nacimiento natural, efectivo, legal, cuando el recien nacido llenó las condiciones que hemos explicado en los números precedentes. Segun este otro, no hay tal nacimiento natural, legal, efectivo, causante de derechos civiles,—supuesta siempre la muerte, y la muerte próxima del recién nacido propio,—cuando el tal se presentaba con las apariencias, con el carácter, con la aspiracion de hijo de personas casadas, y estas personas no podían tenerlo de su enlace, ó por el corto tiempo que llevaba éste de contraido, ó por el largo tiempo que llevaban ellas de separadas ó ausentes entre sí. La consideracion de la imposibilidad vence aquí, en el ánimo de la ley, al hecho del alumbra-

miento con verdadera vida.—Volvemos á decir, y no era necesario decirlo, que cuando el recien nacido no muere, el caso de la ley falta, y no pueden ménos de cesar de todo punto tales apreciaciones.

20. Esta es, por lo ménos, nuestra inteligencia del precepto legal, y de los motivos del precepto legal. Ni su estructura ni sus frases nos permiten atribuirles otra. Él propio, ese precepto, señaló su cuadro, que ha llenado en la forma, á su parecer, más racional y más prudente. Para cualquier otro que se concibiera, habría que buscar el fondo en otros supuestos.

21. Si se nos pide ahora nuestro juicio, confesaremos que no es, que no puede ser favorable á esta parte segunda, innecesaria, vaga, que vuelve á abrir las propias incertidumbres que cerraba la primera. No proponiéndose la ley sino decir lo que estimaba nacimiento natural, en contraposicion á nacimiento abortivo, para resolver las cuestiones que sobre ese punto existian ántes, creemos que debió terminar su declaracion, y hacer punto final, donde acababa aquella primera parte, tan racional y tan completa. La segunda puede haber sido inspirada por un buen propósito; pero estamos seguros de que desarmoniza la obra, de que perjudica al pensamiento, de que produce esas dificultades, y lo que es peor, de que no las resuelve. El límite cierto de la primera desaparece, convirtiéndose en una division arbitraria: el propósito de fijeza se viene á desvanecer, aunque no sea para todos los casos. Si en los hijos indudablemente legítimos tenemos una regla inconcusa, en muchos que no merecen aquella calificacion es notorio que ya no la tenemos, con que conocer si fueron abortivos ó si nacieron naturalmente. Para aquellos es bastante una existencia de veinticuatro horas, á fin de que se juzguen naturalmente nacidos: ¿cuál es la que han de tener estos otros, á fin de que tambien se les estime tales? La ley no lo dice: la ley nos deja en lo arbitrario: la ley, que ha querido acabar esas dudas, no las resuelve completamente como era su deber.

22. Miéntras más se reflexione, más clara se verá la justicia de nuestra censura. Para calificar un parto de tal parto ó de aborto, para estimar á un recien nacido persona ó feto, para tener por un ente humano ó por un mero embrion á lo que nace, de nada deben servir ni nada influyen cuentas de matrimonio ni meses de ausencia. Lo que se trataba de definir aquí era la existencia de un niño, y no la legitimidad de un niño; y toda vez que hubiese nacido vivo, y durado veinticuatro horas, y

sido bautizado, nos parece que niño debíamos tener, fuesen los que fuesen sus padres. Si no podía haberle procreado el que estaba unido con su madre ante la Iglesia, otro sería el que lo hubiese hecho. Las leyes que declaran la legitimidad serían las que debiesen regular este punto, las que darían el derecho en esta ocasion; lo tocante á la realidad del nacimiento nada tiene que ver con ellas. La presente debió terminar con su primera parte; porque esa sola parte es la que entra en su objeto, y la que conduce á su propósito. ¿Qué es lo que ha hecho la segunda? Que podamos contemplar un niño nacido de dos dias, de cuatro dias, de ocho dias, y que sea una cuestion si es ó no es un sér completo y humano, solo porque no podemos decir quién fué su padre, ó porque sepamos que el marido de su madre no lo es.

23. Como quiera que sea, la cuestion capital, tratándose de leyes, no puede versar nunca sobre nuestro juicio, sino sobre su inteligencia. La de la presente nos parece la que hemos indicado más arriba, fija en su primera mitad, insegura y dando ocasion á cuestiones en la otra. Ante ella, que es el derecho, fuerza es inclinar las críticas individuales, reduciéndolas á lo que son: meras expresiones de particular juicio, que no tienen sino un valor muy limitado en el estadio de los hechos públicos.

LEY DÉCIMA CUARTA.

(L. 6.ª, TÍT. 4.°, LIB. X, NOV. REC.)

Mandamos que el marido y la mujer, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo ó tercer matrimonio, aunque haya habidos fijos de los tales matrimonios ó de algunos de ellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no hubiesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales fijos propiedad ni usufructo de los tales bienes.

LEY DÉCIMA QUINTA.

(L. 17.ª, TÍT. 4.°, LIB. X, NOV. REC.)

En todos los casos que las mujeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los fijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredaren de los fijos del primer matrimonio; en los mismos casos, el varon que casare segunda ó tercera vez sea obligado á reservar la propiedad dello á los fijos del primer matrimonio: de manera que lo

establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercer matrimonio.

COMENTARIO.

I.

1. Tambien reunimos aquí dos leyes para exponerlas en un propio capítulo; porque, como se comprende á su simple lectura, no solo pertenecen á una materia, sino que forman en esta Coleccion un pequeño todo ó conjunto, completándose y perfeccionándose, puede decirse, la una con la otra.

2. Consignemos, lo primero, que acerca de lo que disponen, de lo que mandan, no es posible duda ni dificultad de ninguna clase. Lo que puede suscitar esas dificultades y ofrecer esas dudas, son los supuestos en que descansan estas mismas leyes, la doctrina que dan por sentada para fundar y ordenar sus mandatos. Ellas, en sí, en su parte preceptiva, son tan claras como terminantes.

3. Segun la décima cuarta, los bienes gananciales que adquiere y percibe cualquier mujer, á consecuencia de un matrimonio que ha contraido y en que ha vivido, no corresponden ni se cuentan de ninguna suerte á ni entre los que el derecho le preceptúa reservar para los hijos de aquel matrimonio, si pasa por ventura á segundas, á terceras, á ulteriores nupcias. Esos bienes son del todo suyos, dice la ley; tan suyos como los demás que pueda tener, de antigua, de reconocida, de perfecta propiedad, no multiplicados ni de ganancia.—Y segun la décima quinta, el deber de reservacion que impone el derecho, que en la práctica se realiza, que es obligatorio en fin á las viudas de un matrimonio cualquiera, en los bienes que hubieron de sus maridos ó heredaron de sus hijos, cuando contraen otro enlace posterior, ese propio deber alcanza tambien á los viudos, que pasan por su parte á segundas, á terceras, á nuevas nupcias. Lo que previniese la antigua doctrina, la jurisprudencia ó el derecho observados ántes de las leyes de Toro en gravámen del sexo débil, previénelo tambien ésta, y aplícalo al otro sexo, con

igualdad absoluta de relaciones y de casos.—Nada más hay en la letra; nada más en el espíritu de tales disposiciones.

4. Infiérese de lo que acabamos de decir que para la oportuna exposicion de la presente materia, no solo debemos comenzar, sino que apénas tendremos que hacer otra cosa que examinar la antigua doctrina sobre bienes reservables, y, en cuanto dice relacion con ella, la española, ó más bien castellana, acerca de los gananciales, ó multiplicados en el matrimonio, pertenecientes por mitad, segun se sabe, al marido y á la mujer. Lo uno y lo otro son los preliminares obligados de este Comentario, ya que no sean completamente el Comentario mismo.

5. Principiaremos por lo tocante á la reservacion; y segun nuestra costumbre, iremos á demandar ante todo á los viejos códigos españoles lo que habian escrito sobre ella, ó por lo ménos de parecido á ella.

6. Lo primero que encontramos con tal carácter es la ley 15.ª, tít. 2.°, lib. IV del Fuero-Juzgo, que comprende las siguientes palabras: «La madre, si se non casare despues de la muerte del marido, deve partir egualmientre en todos los fructos de la buena (herencia) de su marido con sus fiios mientre visquiere, mas ni lo puede vender ni dar á ninguno de sus fiios... Mas el fructo que ella deve aver, puédelo dar á quien quisiere de los fiios ó de las fiias: é aquello que ella ganare del fructo, puede dar á quien quisiere. E si daquella parte de la madre alguna cosa fuere enaienada, todo deve seer entregado despues de la muerte de la madre á los fiios; é despues de la muerte de la madre el quinnon (la porcion) de la madre dévenlo aver los fiios egualmientre. *E si la madre se casar despues de la muerte del marido, desdaquel dia adelantre deven aver sus fiios la parte que ella devía aver de la buena del marido si se non casare.*»

7. Esta ley, que en su mayor parte acabamos de transcribir, es una ley curiosa y extraña á todas luces. El analizarla por completo sería trabajo largo y difícil: el comprenderla absoluta y omnímodamente, resolviendo las dudas á que da ocasion, desatando sus contradiciones ó que parecen tales, declarando de todo punto su naturaleza y su sentido, lo tenemos por más largo y trabajoso aún. Hay en ella un principio de derecho hereditario, que se concede á la viuda conjuntamente con la prole: hay álgo, en nuestro concepto, de prescripciones alimenticias: hay de reservacion: hay, por último, de pérdida de los propios derechos que se conceden. Y todo ello, sobre una base de humanidad, de buen sentido, de idéas y de afecciones familiares,

que no siempre se encuentran en las leyes de nuestros otros códigos, aun de los mismos que tienen más presunciones de vigorosa doctrina y de robusta organizacion social.

8. Pero lo que no hay en ese texto es nada semejante á la obligacion de reservar, que se reconocía siglos despues, y que supusieron y mencionaron las leyes de Toro que nos ocupan. Segun éstas, y segun la doctrina comun, procedía, había lugar á la reservacion, cuando la cónyuge, que recibiera álgo de su marido ó lo heredara de algun hijo, pasaba á contraer segundas nupcias: si continuaba en su estado de viudez, si fallecía en tal estado, habría lugar á que la heredasen sus hijos en lo que alcanzaran sus legítimas, pero no lo habría á reservaciones de propiedad, que menguasen sus derechos, los derechos omnímodos de tal poseedora. Por la ley del Fuero-Juzgo era precisamente lo contrario. Había lugar á la reserva, ó á álgo semejante á la reserva, cuando la mujer, la madre, se conservaba viuda. En el caso de que contrajese un nuevo matrimonio, no era una disminucion, era una pérdida completa de todo derecho lo que la amenazaba. Nada tenía ya que reservar; porque desde aquel instante, propiedad y usufructo, todo lo tenía perdido. Esta ley era con múcho más severa, con múcho más inspirada del sentido familiar, que la teoría que suponen, explican, y quizá extienden las leyes de Toro.

9. Nada más hallaremos en el Fuero-Juzgo que tenga relacion con la materia en que nos vamos ocupando; pues las 13.ª y 14.ª del propio título y libro, que disponen lo que se ha de hacer con la herencia de la madre, cuando el padre superviviese, son consecuencia de los principios comunes, que hacen á tal padre el jefe de la familia, y el administrador legal de sus hijos y de los bienes de sus hijos. Es al Fuero Real á donde debemos trasladarnos, si queremos encontrar alguna otra disposicion en el camino que nos ha de conducir al verdadero punto de las reservaciones.

10. En la ley 1.ª, tít. 2.°, lib. III de este Código, ley que escribió el derecho de las arras, su posibilidad y sus límites, encontramos entre otros preceptos los siguientes: «E si la mujer, aviendo fijos de este marido, finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras á quien quier; *é las tres partes finquen á los hijos de aquel marido de quien las ovo*... é si la mujer oviere fijos de dos maridos ó de más, *cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre*: de guisa que los fijos de un padre no partan en las arras que dió el padre de los otros.»—Aquí tenemos tam-

bien fundamentalmente álgo de la idéa que inquirimos; pero tampoco es de todo punto la misma, tambien hay entre ello y lo que supone la ley de Toro diferencias que no es posible desconocer. Más que doctrina de reservacion, vemos aquí una doctrina de troncalidad. Si por ventura aquella, la reservacion, existe, su materia está limitada á las arras ó donaciones *propter nuptias*, y su hipótesis así comprende el caso de un segundo matrimonio, como el de una constante y perfecta viudez. Donde quiera que se entregaron arras, y se procrearon y existen hijos, las tres cuartas partes de las mismas arras han de ser necesariamente para estos (1).

11. En el Fuero Real no tenemos ningun otro precepto, ninguna otra ley.

12. Á otra parte, pues, que á nuestros primitivos códigos españoles es necesario acudir, para encontrar el orígen de esa especie de precaucion, que se toma contra el cónyuge que de nuevo se casa—(no diremos pena que se le impone),—haciéndole perder álgo que sin ese segundo casamiento era suyo, y hubiera continuado siempre suyo. Y esa otra parte, forzosamente debia ser, y evidentemente es el derecho romano; no solo como fuente de nuestra legislacion de las Partidas, sino porque, aun prescindiendo de éstas, fué tan grande, y es tan reconocido su influjo en nuestras escuelas, en nuestros tratadistas, en nuestro foro, durante las centurias décima cuarta, décima quinta y décima sexta.

13. No cabe en nuestro propósito el tratar ni histórica ni detalladamente de este punto con relacion á las leyes de Roma: eso nos empeñaría en consideraciones, no sólo muy extensas y harto difíciles, sino tambien demasiado agenas al presente Comentario. Tomamos ese derecho, esas leyes, en globo, y como fueron en su periodo último, en su expresion más moderna y científica; tales cuales pudieron servir de pauta á nuestros jurisconsultos del siglo de D. Alfonso, cuales sirvieron de modelo doctrinal á los juristas y á los profesores de los siglos siguientes. Nos fijamos en el Código y en las Novelas; y aun en estos

(1) Todavía cabe una cuestion segun el texto de la expresada ley. Esas tres cuartas partes ¿son *del todo* de las arras, de tal manera que no haya podido enagenarlas la mujer en su vida; ó son únicamente *de lo que quede de ellas* al tiempo que finare? Pero á tal cuestion le han quitado todo interés las presentes leyes de Toro, y por eso no la discutimos, contentándonos con indicarla.

mismos nos concretamos á lo fundamental, sin descender más allá de lo preciso á correcciones ni á pormenores.

14. Eso fundamental, eso general, eso sintético, es conocido de cuantos han estudiado un poco aquel derecho, aquellas leyes. Segun las primitivas, lo que una mujer adquiría lucrativamente de su marido, por donacion esponsalicia, por fideicomiso, por legado, por cualquiera otra causa que fuese, todo ello estaba en la obligacion de reservarlo, en cuanto á su propiedad, para los hijos que hubiera de aquel matrimonio, siempre y dado el caso de que pasara á contraer nuevas nupcias. Y no solo era así, sino que el propio principio, sino que la misma reservacion tenía lugar cuando hubiese percibido, adquirido, heredado álgo de cualquier hijo de ese primer matrimonio: obligada estaba, si contraía otro despues, á idéntica reserva en beneficio de los demás que de aquel tuviese, hermanos del que la donara, la legara, la traspasara las dichas propiedades. Cuando ocurrían semejantes casos, esto es, cuando se verificaban esos segundos, ulteriores enlaces de las viudas, el goce en que se hallaban éstas de los indicados bienes cambiaba en el punto de condicion: de propietarias convertíanse en usufructuarias, padeciendo todas las consecuencias, todos los menoscabos de esa disminucion de derechos y de poder.

15. Hemos dicho que ésta era primitivamente sólo una ley de las viudas. Pero desde el tiempo de Teodosio el jóven comenzóse á someter tambien á los hombres á ella; y Justiniano dió completa fuerza á esa extension de las reglas antiguas. Las obligaciones de las viudas se aplicaron tambien á los viudos: lo que restringía y menguaba la propiedad de las madres, restringió y menoscabó tambien la de los padres en idénticos casos. Desde entónces, aquella doctrina de la reservacion, formulada contra el sexo débil, fué comun á los dos sexos, y tendió su alcance y su poder lo mismo sobre los unos que sobre los otros cónyuges.

16. Tal era, en resúmen, la doctrina del derecho romano, consignada en el Código. Mas debemos añadir que en ese, como en tantos otros puntos, variaron mucho, modificaron mucho las Novelas. Por el precepto de éstas se distinguió entre los bienes que las madres heredaran de sus hijos *ab intestato*, por ministerio de la ley, y aquellos otros que les provinieran de institucion ó expresa voluntad de los mismos. Estos últimos fueron eximidos de toda carga de reservacion; y en cuanto á los primeros volvióse á distinguir, considerando á su orígen, dividiéndolos en

profecticios y adventicios, y conservando el gravámen para los unos, y extinguiéndolo ó aboliéndolo para los otros.—Esto en lo respectivo á los bienes procedentes de los hijos: en los que venian del cónyuge premuerto no se hizo novedad importante.

17. Hasta aquí las prescripciones que creemos necesario recordar del derecho romano, sobre cuyo conjunto debemos decir algunas palabras. Su idéa capital, su espíritu, su razon, nos parecen comprensibles y plausibles, aun no desconociendo sus inconvenientes: algunos de sus pormenores, de sus explicaciones, de sus fundamentos, no nos parecen igualmente razonados ni exactos. Cuando una Novela, por ejemplo, para eximir de la reservacion á los bienes heredados por la madre en virtud del testamento del hijo, se vale de la siguiente fórmula: *ex testamento succedit mater liberis suis, quae convolavit ad secundas nuptias, sicut institutus quilibet*, creemos nosotros que ni expresaba una verdad, ni daba, mucho ménos, una razon digna de este nombre. En tiempo de las Novelas la madre tenía legítima, como la tiene entre nosotros, aunque fuese ménos cuantiosa que entre nosotros: no se la podía pues llamar con justicia *quilibet institutus*. Y si, por otra parte, fuera tal verdadero motivo el ser *institutus quilibet* para no verse sometido á la obligacion de reservar, téngase en cuenta que la mujer legataria de su marido era, sin ningun género de duda, *legataria quaelibet*, y á pesar de ello obligada estaba á reservar los bienes de tal legado, cuando caía en la debilidad, ó verificaba el hecho de contraer un nuevo matrimonio.

18. De la pura, verdadera ley romana, es natural que pasemos al Código español que la tomó por norma, y que explicó por lo comun su doctrina, y se inspiró ordinariamente de su espíritu. Y sin embargo, en esta materia que nos ocupa hoy no podemos ménos de reconocer que las Partidas se quedaron muy distantes, ó que fueron concisas é incompletas respectivamente á su modelo. Los dos textos que constantemente se citan con relacion á este punto no llenan, ni con mucho, como van á ver nuestros lectores, el cuadro ideal que de ellas habria podido esperarse.

19. Es la primera la 23.ª, tít. 11.º de la Partida IV, que refiere ó establece por qué razones gana el marido la dote que llevara la mujer, y ésta toda donacion que aquel le hiciese en razon del casamiento. Las palabras de la misma que pueden tener importancia en nuestro caso son las que siguen: «E lo que dize esta ley de ganar el marido ó la mujer la dote ó la donacion que es

fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas, entiéndase si non ovieren fijos de consuno. Ca si los ovieren deven aver los fijos la propiedad de la donacion ó de la dote; é el padre é la madre, el que fincare vivo, ó el que non entrare en órden, ó que non fiziere adulterio, deve aver en su vida el fruto della.»—En esa ley no hay más: no contiene otro precepto que el que acaba de copiarse, que pueda decir relacion con la materia presente.

20. Es la segunda la 26.ª, tít. 13.º de la Partida V, donde encontramos las siguientes palabras: «Marido de alguna mujer, finando, si casare ella despues con otro, las arras é las donaciones que el marido finado le oviere dado, en salvo fincan á sus fijos del primer marido; é devenlas cobrar é aver despues de la muerte de su madre.»—Lo demás que en la propia ley se halla, tampoco pertenece al asunto de reservaciones que nos ocupa.

21. Visto que en el Código de D. Alfonso no encontramos más disposiciones que estas, expondremos con sencillez y lisura lo que de las mismas pensamos, en confirmacion de lo que ya notábamos poco hace (18).—Claro está que la primera (23.ª, tít. 11.º, P. IV) es de todo punto extraña á nuestra actual investigacion, y que no puede concebirse con qué razon ó con qué propósito la han traido á ella varios comentadores. Decimos aquí lo que dijimos ántes en algunos preceptos de los Fueros. Si comprende tal ley una reserva legal, de ninguna suerte está motivada esa reserva en que la viuda ó el viudo contraigan un nuevo matrimonio. La obligacion que impone ese texto al marido y á la mujer, dura como tal obligacion, aunque permanezcan sin casarse por una existencia de cien años. No es, pues, aquella una ley aplicable á las reservaciones de que habla ésta de Toro: no se contienen en sus palabras los supuestos á que ésta alude: no sirve de nada para su inteligencia, de nada para su comentario.

22. No diremos lo mismo del segundo texto, de la segunda ley. Volveremos solo á advertir, primero, que es lo único que se halla en las Partidas á propósito de la materia presente; y añadiremos, en segundo lugar, que la obligacion que consigna, la impone tan sólo á la mujer y no al marido, á la viuda y no al viudo; y que únicamente habla de arras y de donaciones *propter nuptias*. Ninguna otra cosa hay en su precepto. Nada hay en ella de legados; nada de donaciones *mortis causa*; nada, en fin, de lo que viene á la madre por herencia, por legado, por

donacion, por un título cualquiera, más ó ménos necesario, más ó ménos voluntario, de cualquiera de sus hijos.

23. Resulta de todo que, segun nuestro derecho escrito, al comenzar el siglo XVI eran muy pocos los casos de reservacion que podian señalarse en Castilla, con motivo de pasar un cónyuge viudo á segundo matrimonio. Para los cónyuges varones no conocemos ninguno explícito, declarado, incuestionable. Respecto á las mujeres, salvo los que pudieran prevenirse en algun fuero municipal, si en efecto los habia que se ocuparan en ese punto, no hallamos sino las leyes 1.ª, tít. 2.º, lib. III del Fuero Real, y 26.ª, tít. 13.º de la quinta Partida, que tuviesen verdadera y legítima aplicacion á semejantes cuestiones. Pero esas leyes quedan copiadas, y no hay necesidad de insistir en lo estrecha que es su materia. Cierto que ellas imponen á las mujeres casadas por segunda vez la obligacion de reservar para los hijos de su primer matrimonio lo que hubiesen recibido en éste por arras y donaciones esponsalicias; pero cierto es asimismo que ninguna otra obligacion señalaron, y que no dijeron ni una sola palabra, ora de legados y donaciones por causa de muerte, que procedieran de aquel orígen, ora de herencias y de donaciones tambien, que proviniesen de hijos habidos en aquel primer enlace. Sólo el derecho romano, que no el de Castilla, era el que contenía reglas para estos puntos; mas sabido es que desde el tiempo de la Monarquía goda el tal derecho romano no lo era ya en España, ni sus leyes podian citarse en nuestros tribunales sino como meros argumentos de razon, desnudos de fuerza oficial y de autoridad pública.

24. Y sin embargo, necesario es reconocer que álgo, cuando no fuese mucho, de lo que no mandaba ninguna verdadera ley, la jurisprudencia comun lo tenía admitido, enseñándose en las escuelas, sentenciándose en los tribunales, sirviendo de norma en la sociedad. Más ó ménos determinada en sus principios, más ó ménos extensa en sus alcances, más ó ménos segura en sus pormenores, es lo cierto que la doctrina de una reservacion que no estaba en nuestros códigos era una doctrina admitida, usual, corriente; que su práctica no hallaba obstáculos, y que era la práctica de nuestro foro. Como tantas otras materias, reconocía en el derecho de Justiniano y en las Novelas de sus sucesores su regla de uso, si no su regla de razon. La prueba de que sucedía así, sin necesidad de buscarla en otra parte, la tenemos en estas propias leyes de Toro, cuyo Comentario escribimos al presente.

25. «*En todos los casos* que las mujeres, casando segunda vez, *son* obligadas á reservar á los fijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, *ó heredaren de los fijos del primero matrimonio.....*» dice textualmente nuestra ley décima quinta. Luego no cabe duda en que si no siempre, por lo ménos *había casos* en los que era una consecuencia del segundo matrimonio esa reservacion de lo que procedía del primer marido y *de sus hijos*. Ahora bien: respecto al primer marido, á lo procedente de él, podría decirse que se trataba solo de arras y de donaciones *propter nuptias*, de las cuales hablan las Partidas y el Fuero Real; mas respecto á los hijos, á lo heredado de los hijos, no cabe ni esta ni ninguna otra análoga explicacion: hemos visto ya que de sus bienes, de los bienes que de ellos proceden, no dicen una palabra los expresados Códigos. Ninguna ley española, castellana, anterior á estas de Toro, los ha sujetado á reservacion; y hé aquí, sin embargo, que ésta de Toro los reconoce, los supone, los señala como reservables. ¿Qué explicacion tiene esto, sino esa usual y de práctica á que nos hemos referido?

26. No cabe, pues, duda en que existia esa costumbre, esa jurisprudencia que hemos señalado: abuso, si se quiere, en un principio; respetable, despues del texto que acabamos de copiar. En lo que cabe duda, aun despues de éste, es en su extension, en su alcance, en sus límites. La expresion es vaga; y vago es por lo mismo el reconocimiento. Casos había de seguro, pues que la ley de Toro los enuncia, los supone: lo que ella no hace es decir cuáles fueran esos casos, hasta dónde llegase esa jurisprudencia, á qué bienes alcanzara esa necesidad de reservar que consigna.—Hé aquí una cuestion y una dificultad, que para nosotros son reales y son graves.

27. Sabemos bien que no lo han sido para otros comentadores; pero dicho está una y muchas veces que sus doctrinas no son nuestras doctrinas, que su escuela no es nuestra escuela. Como era en ellos universal y permanente costumbre la de fundar sus opiniones en las leyes romanas; como citaban siempre al Código, al Digesto, á las Novelas, con tanta satisfaccion y tanta confianza como si citasen al Ordenamiento de Alcalá ó á las Recopilaciones; de aquí que ningun embarazo experimentaron por la falta de derecho concreto español en este asunto, una vez que encontraban abundantemente Auténticas y Novelas que citar en él. Mas nuestros lectores han visto que nosotros seguimos otra via. Y no porque desdeñemos la ciencia y la pruden-

cia romanas, que nos parecen muy dignas de tomarse en consideracion, y verdaderamente superiores á todo elogio. Pero conviniendo en ello, todavía no olvidamos jamás que aquellas leyes no son en Castilla leyes; y que en la esfera del derecho constituido vale más un texto de D. Alfonso, de D. Juan, de D. Felipe ó de D. Cárlos, que todos los profundos pensamientos de Ulpiano y de Paulo, que toda la eminente filosofía de Justiniano y de Zenon. No se trata solo de investigar lo autorizado, sino de conocer lo legal; y hé aquí por qué nos embarazan en esta materia las palabras de la ley de Toro, que suponen preexistente, efectivo, cierto derecho, cuando no encontramos tal derecho, ó por lo ménos álgo importante que debía incluir, en ninguno de los cuerpos legales á que podían referirse las mismas palabras.

II.

28. Como quiera que sea, reconocido semejante conflicto, es indispensable que, con los elementos que están á nuestra disposicion, tratemos de encontrar, de formular ese derecho que investigamos. Si no podemos hacerlo con seguridad completa, lo haremos al ménos de un modo probable, y en términos que sean verosímiles. Para eso nos ha dado Dios la razon, que es al cabo el postrer recurso en todas las dificultades humanas.

29. La expresada ley de Toro es el primero de esos elementos: viendo, como vemos, por ella que existen casos de reservacion cuando una mujer ha habido álgo de su primer marido, ó ha heredado álgo de los hijos de su primer matrimonio. En cuyas palabras debemos advertir la justa diferencia que se emplea, diciendo *haber* del marido, y *heredar* de los hijos que de él se tuvieron. De el marido, en efecto, la mujer *ha*, recibe, por lo comun, pero en este caso no *hereda*; del hijo *hereda* en realidad, cosa que es á un tiempo más y ménos, que es diferente. La ley ha hablado en este punto con una exactitud que sería de desear tuviese siempre, y que por desgracia no siempre empleó en la Coleccion que ha motivado nuestro Comentario.

30. ¿Deberá entenderse que *todo* lo que una mujer recibió, todo lo que *hubo* de su marido, es reservable para los hijos de aquel matrimonio, suponiendo que ella pase á segundas nupcias?

¿Admitiremos como general el caso, como universal y sin excepcion el precepto?—Á nosotros nos parece que sí; que ese fué el contexto de la ley romana; que esa era la jurisprudencia española; que á esa práctica se refería la ley de Toro; que eso es, en fin, lo que naturalmente se deriva de las razones que sirven de fundamento á la reservacion.—No hay necesidad de repetir que no son tan universales los preceptos del Fuero Real y de las Partidas; pero téngase presente que la ley que comentamos supone álgo más que esos preceptos mismos, y que por eso es por lo que nos vemos precisados á las actuales investigaciones.

31. En la generalidad de la doctrina romana y en el parecer de nuestros tratadistas, no hay seguramente que detenernos. Aquella y estos han sentado siempre que cuanto recibió de su marido la mujer, ora al casarse, ora al testar y disolverse el matrimonio,—arras, donaciones, fideicomisos, legados,—todo lo ha de reservar, en cuanto á la propiedad, para los hijos de aquel enlace, si posteriormente contrae, como está en su mano, otro nuevo. Aun ha habido escritores que querían extender semejante obligacion á lo que hubiese recibido de los parientes de ese propio cónyuge; opinion que nos parece extremada, y que necesitaría, á nuestro juicio, para admitirse, fundamentos más sólidos que las meras inducciones que la sirven de orígen ó de base.

32. Si alguna excepcion concedían esos antiguos jurisconsultos á la generalidad del caso, fijábanla solo en que el marido, ántes de morir, hubiese autorizado á la que iba á ser su viuda para que contrajese segundo matrimonio. Mas en esto se ve que esos expositores consideraban la reservacion como un verdadero castigo, como la pena de cierta injuria inferida por el cónyuge superviviente al que le precedía en el sepulcro. Lo cual, si fuese cierto,—(además de ser inconciliable con la extension dada á esos deberes, imponiéndolos con igualdad al un sexo como al otro,)—daría ocasion á que pudiésemos negar hoy que el principio mismo en que nos ocupamos continuase durando hasta nuestra época. Cuando la legislacion toda ha concedido á las viudas el pleno derecho de volverse á casar, sin incurrir en pena ni en nota, siempre que lo hagan despues de cierto plazo, á fin de evitar confusiones de prole; no cabría duda en que cuanto dependiese de esa nota, ó se relacionase con esa pena, se halla abolido, completamente abolido, por el espíritu benevolente de esta humana y favorable legislacion.

33. Pero la verdad es que el motivo y la causa de la reser-

vacion son otros, y que no pertenecen al verdadero órden penal. Sin llegar á semejante extremo, pudieron encontrarla y sancionarla las leyes. Consideraron cuáles debian ser los móviles que hiciesen á un marido otorgar arras, dispensar donaciones, y aun mandar legados á su mujer; y hallaron, sin duda, que eran afectos de union, de intimidad, de familia, de ese enlace permanente en que iban á vivir, en que vivian, entre sí primero, y con sus hijos despues. Lo que un hombre daba á su esposa, la ley presumió con derecho que lo daba á la madre de sus hijos. ¿Qué mucho, pues, que esa misma ley quiera y ordene que se guarde para estos hijos la propiedad de lo donado ó dejado á su madre, cuando su madre se expone voluntariamente á serlo de otros, pues que pasa á segundas nupcias?

34. Comprobemos más, si es necesario, estas idéas, extendiendo lo que en un inciso, en un paréntesis, dejamos indicado un poco más arriba (32). El derecho romano, primero, por las constituciones de Teodosio y de Justiniano, y la ley décima quinta de Toro despues, aplicaron á los maridos, á los viudos, lo que ántes habia sido propio de las viudas, de las mujeres solas. La necesidad de reservar fué desde aquellos momentos, ora en el Imperio, ora en Castilla, de todo punto igual para los unos y los otros cónyuges. Ese fué el postrer derecho de Bizancio; ese es nuestro derecho español. Ahora bien: jamás, en ningun país del mundo, bajo el dominio de ningunas idéas, se ha estimado que el viudo que contraía segundas nupcias, cometiese una falta, hiciese una injuria á la mujer que había perdido. Ó la razon ó la opinion, ó entrambas de consuno, han sido en esta parte más benignas con el hombre: nunca se le ha mirado mal, nunca se le ha censurado, porque no permaneciese fiel á esos lazos que disolvió la muerte. Si pues la ley ordena que tambien le alcance la obligacion de reservar, la ley declara en ello que no hay pena en semejante obligacion, y reconoce que no puede tener por causa sino las que acabamos de exponer en el precedente número.

35. Resulta de todo, si no nos equivocamos, la prudencial demostracion del juicio que hemos emitido. Cuando se trata de bienes que del marido vinieron á la mujer, que por voluntad y por actos de aquél hubo ésta, la obligacion de reservar su propiedad para los hijos de tal matrimonio debe ser general, universal, no puede permitir en principio fáciles excepciones. Verdad es que las leyes castellanas no hablaban sino de arras y de donaciones *propter nuptias*; pero la razon de estos casos se en-

cuentra igual y con la propia fuerza en los legados, en los fideicomisos, en las donaciones por causa de muerte, en cualesquiera otros análogos que pudieran presentarse. La jurisprudencia extensiva era aquí racional, perfectamente fundada, no consentía que dejara de aplicarse sin motivo poderoso. Y en cuanto á estos motivos, nuestra razon no nos dice más que uno; y no es por cierto el de que el marido, al morir, hubiese permitido á su mujer que de nuevo se casara,—porque esa facultad la tiene ella, y él no se la podía menoscabar; sino el de que hubiese dispuesto de un modo explícito que quedase exenta y relevada de tal reservacion. Si de hecho el marido premuriente lo dispuso así; si declaró de este modo que lo dado á su mujer había sido plenamente á ella por ella misma, y no por consideracion á sus hijos, por ser la madre de sus hijos; parécenos que en tal caso no podría la ley llevar su accion á donde de ordinario la lleva, y que no podría presumirse un motivo para interpretar la voluntad, explícitamente rechazado y denegado por esta voluntad propia.

36. Pasemos ahora á examinar igual duda en la segunda clase de reservaciones; en las de los bienes que las madres heredan de sus hijos de un primer matrimonio. ¿Diremos tambien aquí que la obligacion es general, universal, que alcanza á todos los bienes que le hayan venido por tales herencias? ¿Diremos que alcanza igualmente á los que ha habido por títulos particulares como donaciones ó legados?

37. Hablemos de las herencias, primero, que es de lo que habla la ley de Toro.—Queda dicho ántes que el derecho romano moderno distinguió en esa materia, y no las sometió todas á reservacion. Queda dicho que conservó el principio de ésta, que la mantuvo, cuando la madre había heredado á su hijo *ab intestato*, y los bienes eran profecticios; pero que la suprimió, que eximió á la madre de tal deber, en el caso de ser adventicios ó de procedencia extraña los bienes, ó cuando la herencia le había sido dejada por testamento.—En cuanto á los expositores, parece excusado declarar que todos, ó por lo ménos una gran mayoría, han de sostener lo que el derecho romano establece y enseña.

38. Pero á nosotros nos parece que esa distincion de herencias por lo testado ó lo intestado no puede tener una importancia tan grande. Ya lo anunciamos ántes de ahora, y es fuerza que insistamos en ello. Si es completamente exacto que las unas proceden de la ley, y se derivan de los lazos de la familia, no

lo es que las otras, las testamentarias, provengan solo de la voluntad de los testadores. Las madres, lo mismo que los padres, tienen legítima, los dos tercios del caudal de los hijos; y en esos dos tercios los hijos no pueden ménos de instituirlas y de llamarlas, no pueden llamar ni instituir á otras personas. De suerte que si el propósito y el efecto de semejante distincion consistían en sujetar á reserva lo que había hecho la ley que viniese á poder de la madre, por ser tal madre, y eximir de la misma lo que trajese orígen de la pura voluntad del hijo,—razon que estimamos atendible y digna de ser consultada;—su verdadera fórmula no debería ser la mera y simple que hemos expuesto, traducida del derecho romano, sino que habria de tener las variantes que exijen, para que se la pueda admitir, un exámen más escrupuloso, y nuestro propio y especial derecho.

39. Hé aquí lo que á nosotros nos parece racional, y conforme á los principios que pueden servir de base. Los bienes adventicios del hijo, los que no eran procedentes de la familia paterna, de cualquier modo que la madre los herede, no deben quedar sujetos á reservacion. Los bienes profecticios lo quedarán íntegramente, si la madre sucedió en ellos *ab intestato*; mas sólo lo habrán de ser en sus dos tercios, en lo que para ella fué legítima, en lo que su hijo no pudo ménos de dejarla, si este hijo la instituyó heredera en su testamento.—Hé aquí, repetimos, lo que se nos figura más natural y más fundado, teniendo en cuenta los diversos elementos que para el punto de que se trata pueden consultarse.

40. Por lo que respecta á la segunda cuestion que indicamos,—es á saber, si debe alcanzar la reservacion á los bienes que reciben las madres de sus hijos por legados, por donaciones, por cualquier género de títulos particulares,—bien podemos decir que no nos ha ofrecido nunca la menor dificultad. La doctrina propia que acaba de asentarse, resuelve completamente y sin contradiccion ese punto. Cuando hemos eximido de tal deber á la herencia voluntaria y libre, á la que no lleva el carácter de legal, de indispensable, de forzosa, dicho se está que no hemos de someterle lo que es de suyo y necesariamente libre, espontaneo y voluntario. Con razon no dijo esta ley décima quinta «lo que las madres *hubieren,*» sino «lo que las madres *heredaren*» de esos hijos del primer matrimonio.

41. No sabemos si nos preguntará alguno por qué estas distinciones entre las procedencias de tales hijos y las de los padres: no sabemos si, rechazando la evidencia que resalta á

nuestros ojos, se inquirirá por qué ha de ser el derecho ménos severo con las madres que con las viudas. Á los que ocurra esa dificultad, solo diremos que piensen bien sobre la diferente naturaleza de uno y otro caso. En el de los cónyuges, salta á la vista que no puede ménos de partirse de la presunta voluntad del marido; el cual, escogiendo á aquella mujer para su compañera perpetua, para madre de sus hijos, para centro de su familia, no debió sin duda querer que lo que él la daba en tales condiciones, fuese para pro y utilidad de una familia diversa. No era ella su heredero forzoso: podía él favorecerla ó no favorecerla, como á cualquiera otra persona; mas si la favorecía, natural es que se considerase por qué la favorecía, y que se dedujese de esta consideracion el derecho que nos vemos obligados á deducir. El caso de los hijos es muy distinto de suyo. Aquí no hay eleccion personal, ni posibilidad de tal eleccion, con motivos análogos á los expresados. Lo que hay aquí, lo que puede haber aquí, es un mero acto de la ley, que atiende con razon á relaciones existentes de antemano en la misma familia. Y toda vez que el derecho, por una parte, no ha sido explícito sobre las reservaciones que habían de nacer de esta causa, y ha sentado, por otra, que tales reservaciones existían, debian existir; necesario es que las estimemos y concibamos racionalmente, no llevándolas ni á ménos ni á más que á lo que exijan los referidos lazos familiares. Por eso hemos atendido, cuando de hijos y de madres se trata, al orígen de los bienes: por eso hemos consultado lo que da la ley á éstas como tales madres, y lo que puede darlas tambien la voluntad libre de aquellos, como pudiera darlo á cualesquiera otras personas.

III.

42. Hemos desempeñado hasta aquí el primer punto que nos propusimos en este Comentario, exponiendo la doctrina de los bienes reservables, en que se fundan las presentes leyes de Toro. Debemos proceder ahora al segundo punto, que al igual de aquel se anunció; á la exposicion del sistema y naturaleza de los gananciales, de los bienes multiplicados, aumentados durante el matrimonio.—Punto es éste de gran importancia en nuestra legislacion de Castilla; punto que suscita notables cuestiones en su teoría y en su práctica; y punto, en fin, que ofrece

naturalmente á nuestro estudio la primera de las expresadas leyes, la décima cuarta, cuando dice en palabras textuales: «El marido y la mujer, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados... como de los otros sus bienes propios... sin ser obligados á reservarlos á sus hijos.»

43. No se crea, sin embargo, que vayamos á decir cuanto puede saberse, que vayamos á discutir cuanto puede discutirse, acerca de bienes gananciales. Sería necesario para ello escribir una obra de propósito, y destinarla un tiempo y un espacio, que no se conciben como accidentes de la que escribimos. Nosotros suponemos, cual debe suponerse aquí, conocida la doctrina general: resúmenes, indicaciones, reflexiones sobre los puntos de más importancia, eso y no más es lo que cabe respecto á ella en nuestro trabajo. Añádase aún que en otras leyes posteriores hemos de volver á tratar de esta materia; y se comprenderán bien los límites que nos proponemos ahora para su explanacion, ó por mejor decir, para su estudio.

44. El sistema de los gananciales, como necesaria consecuencia del matrimonio, es un sistema puramente español. Ni le conoció el derecho romano, ni le conoce, creemos, en el dia, cual le tenemos nosotros, ningun otro pueblo de Europa. En lo antiguo, y segun aquel derecho, todas las utilidades que se obtuviesen por un matrimonio, ó durante un matrimonio, el marido únicamente era quien las hacía suyas, y quien en vida y en muerte gozaba de su disposicion. Entre los pueblos modernos, si se conoce como una cosa posible el régimen de la *comunidad*, ni esta es una institucion necesaria sino potestativa, ni cuando se adopta produce idénticos resultados que los de nuestra legislacion de gananciales. Aquel régimen constituye una sociedad universal de bienes, haciendo propio de entrambos cónyuges lo que aporta cada uno; miéntras que el sistema español respeta las propiedades individuales traidas al consorcio, y sólo produce sus efectos en los frutos de esas propiedades mismas, y en las adquisiciones que se hacen en tanto que el consorcio subsiste.

45. Las más antiguas leyes que encontramos en nuestra historia jurídica pertenecientes á este asunto, son las del título 3.º, lib. III del Fuero Real. Dispone la 1.ª, que todo lo que el marido y la mujer compraren ó ganaren de consuno, sea por mitad de entrambos: que lo propio suceda en las donaciones ó reales ó particulares que se hicieren á los dos; mas que

si estas donaciones se dirigieren sólo al uno de ellos, tambien sea sólo ése el que obtenga y gane su propiedad. La 2.ª insiste en esto mismo con mayores detalles; y reserva en especial para cada uno de los cónyuges las herencias que le vinieren de sus parientes. Pero la 3.ª, que acaba de completar la teoría, declara que aunque el marido poséa más bienes que la mujer, ó ella más que el marido, los frutos, las utilidades, las ganancias, sean completamente comunes para los dos, esto es, hayan de dividirse en su dia por iguales partes. Consiste, pues, ya por ese Código, el sistema en que los bienes aportados al matrimonio no se comunican, en que los bienes heredados durante él no se comunican, en que los bienes donados exclusivamente á uno de los cónyuges no se comunican tampoco; pero en cambio, en que los frutos de todos ellos, en que las nuevas adquisiciones que el matrimonio hiciere, todo esto es comun, aun cuando no sean iguales las propiedades que los dan, aun cuando el uno de los dos cónyuges no hubiese llevado caudal alguno. Esos frutos, esas adquisiciones nuevas, son ganancia de una sociedad que reconocieron aquellas leyes, y que no miraron como potestativa, sino que declararon natural, necesaria, obligatoria.

46. Las leyes del Estilo,—resúmen como se sabe de la jurisprudencia castellana,—no sólo confirmaron la misma doctrina, sino que la hicieron dar un paso más, tan importante como práctico. Las idéas antiguas, las reminiscencias romanas, lo que se llamaba el derecho comun, suponían siempre que los bienes existentes en la sociedad conyugal eran propios del marido, salvo si la mujer probase que le correspondían á ella. Lo primero era la presuncion; lo segundo era la excepcion. Aquello se admitía por cierto, interin no se acreditase lo contrario; ésto era menester justificarlo para que se admitiera. Pues bien: la ley 203.ª del Estilo trastornó esta situacion legal, y asentó definitivamente la presuncion contraria. Sus palabras son tan claras como decisivas. «Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que hán marido é mujer, que todas presume el derecho que son del marido fasta que la mujer muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario: que los bienes que hán marido y mujer, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente.»—Como se ve, pues, la jurisprudencia de la córte, no sólo aceptaba de un modo franco la doctrina del Fuero, sino que omnímodamente la desenvolvía y la completaba.

47. Apénas hay necesidad de decir que las leyes de Partida

debieron de ser mudas respecto á los gananciales. Evidente es que estos no entraban en su cuadro, ni formaban parte de su sistema. Mas no por eso habían de desaparecer del suelo de Castilla, á consecuencia de la formacion ni de la publicacion de aquel Código. Estaban ya arraigados en nuestras costumbres y en nuestra razon: la sociedad había recibido plenamente su doctrina y su práctica: una legislacion que procedía de extranjeros orígenes no podía de seguro suprimirlos ni abolirlos. Ellos realzaban la dignidad de la mujer, constituyéndola plenamente en compañera del marido, en vez de subalterna que fuera ántes: ellos premiaban su concurrencia á toda la obra de la sociedad conyugal, haciéndola enteramente partícipe de todas las ventajas de esa sociedad misma. Y cuando un pueblo concibe y admite idéas de esta clase, cuando llega á adelantar de esa suerte en noble decoro y en verdadera civilizacion, es difícil, si no imposible de todo punto, que deshaga el camino andado, ni que vuelva á lo que, estando más próximo á la infancia, tendría ya todos los caracteres de indudable retroceso.

48. Lo que encontramos, pues, despues de publicadas las Partidas, en nuestros códigos castellanos, es lo que justa y racionalmente debíamos encontrar: una ley de D. Enrique IV, en Nieva (5.ª, tít. 4.º, lib. X. de la Nov. Rec.), que insistiendo en la declaracion del principio y en la definicion de los gananciales, los regula, los ordena, fija su condicion y su índole de un modo más cabal y más explícito. Aquí se vuelve á consignar que lo que cada cónyuge lleva al matrimonio permanece incontestablemente suyo: aquí se repite que las herencias, que los legados, que las donaciones reales y castrenses, corresponden á aquel á quien le son hechas, sin participacion alguna de su consorte. Pero aquí se declara de nuevo que los frutos, que las rentas, que las ganancias, que los aumentos de la sociedad conyugal han de ser de consuno para los dos individuos que la forman, todo como las leyes del Fuero lo preceptuaban. Y se coronan tales preceptos con dos declaraciones importantísimas: necesaria la una, para no caer en idéas que desvirtuaran por demasiada amplificacion la institucion propia; justa la otra, aunque de ejecucion difícil, para conservar siempre los sentimientos morales que sostienen y ordenan la sociedad. Segun aquella, el marido, miéntras dura el matrimonio, conserva su plenitud de accion sobre los bienes aumentados y multiplicados, pudiendo disponer de ellos por sí solo, y enagenarlos válidamente sin otorgamiento de la mujer, á no ser que se pruebe que lo eje-

cuta por damnificarla. Segun ésta, si la viuda, que ha recibido bienes por tal razon de gananciales, se olvidare de su deber y de su honra hasta el punto de vivir lujuriosamente, la ley quiere que pierda esa ventaja que le concedió, y que los referidos bienes, que fueron ganados por su marido y por ella durante su consorcio, pasen á los herederos del propio marido difunto, en cuya compañía fueron habidos y ganados. Todo es explícito, todo es textual en la mencionada disposicion.

49. Hasta aquí el derecho sobre la materia que nos ocupa, anterior á las leyes de Toro: nuestros códigos no decian más sobre gananciales. Y á primera vista, bien parecía, de cierto, excusado que más dijesen; puesto que sus prescripciones eran claras; puesto que el Fuero Real, que la Coleccion del Estilo, que esa ley de Nieva habian sentado, como se acaba de ver, principios terminantes, que debían estimarse inconcusos, y de los que una razon ilustrada podía deducir la más oportuna jurisprudencia. Empero si se atiende á que esos principios no eran los del antiguo derecho romano, desenvuelto en todos los libros, enseñado en todas las escuelas, aplicado en todos los tribunales; á que contenian una excepcion desacorde con lo general de las doctrinas que dominaban la Europa letrada del siglo XV; á que esa contradiccion no podía ménos de producir dudas, incertidumbres, cuestiones, en mil casos de aplicacion donde pugnaban los unos con los otros elementos, no deberemos extrañar que á la época de la formacion de las leyes de Toro, y en medio del objeto que hemos visto se proponian, hubiese necesidad de ocuparse en este asunto de los bienes gananciales, á fin de esclarecer álgo que necesitara de esclarecimiento, á fin de resolver álgo que necesitara de resolucion. La experiencia nos enseña que no hay que fiar demasiado en la claridad y en la nitidez de meros principios generales, cuando vienen á oponerse á la doctrina vulgar: si las leyes no los aplican, en cuestiones difíciles, de un modo auténtico, es muy comun que se sometan á duda, no estimándolas irrecusables ni infalibles, sus aplicaciones.

50. De hecho, comparando la idéa primitiva, elemental, sistemática, de los gananciales con la jurisprudencia constante de las reservaciones, parécenos á nosotros claro que podía haber duda sobre si éstas alcanzaban ó no alcanzaban á aquellos. Hemos visto que, fundada ó no fundada plenamente en leyes, la creencia, la doctrina, la práctica comun consistían en que la viuda de un matrimonio, que pasaba á segundas nupcias, debia

reservar para los hijos del primero todo lo que tenía procedente del primer marido, difunto padre de los hijos propios. Ahora bien: si los gananciales se derivaban del consorcio en que había vivido ella; si los había ganado en compañía y bajo la autoridad del cónyuge finado; si en el rigor del primitivo derecho eran bienes propio de éste; si aun con arreglo á la ley de Nieva que se acaba de citar, dicho cónyuge hubiera podido válidamente enagenarlos durante su vida; ¿no podría pretenderse, no podría sostenerse con razon que semejantes bienes entraban de lleno en la clase de los que deberian ser reservados, en la hipótesis del nuevo matrimonio de la viuda que los percibió?

51. No solamente creemos por nuestra parte que habia lugar á semejante duda, sino que si nosotros hubiésemos tenido las idéas de entónces, y hubiésemos debido dictar esta ley de Toro, habríamos quizá vacilado un momento ántes de escribirla. Á las indicaciones que acabamos de exponer, podría aún añadirse que la ley de Nieva había reconocido un caso (el de la vida licenciosa) en el que la viuda debía perder, debía devolver los gananciales: no era, pues, su dominio, ni aun despues de la muerte del marido, una propiedad perfecta, un derecho absolutamente irrevocable á los ojos de la justicia. Y si contra esta observacion, contra este sistema, se dijese que la materia á que alcanzan las reservaciones son los bienes que adquiere la mujer por la voluntad del cónyuge, y los gananciales no se los da ésta, sino la ley; bien podría negarse la exactitud completa de tal doctrina, recordando que lo contrario es precisamente lo que sucede en el caso de las procedencias de los hijos. La madre debe á la ley toda la herencia intestada de estos: la madre debe á la ley una parte de la herencia testamentaria de los mismos,—la legítima; y no solo á pesar de ello, sino que por ello propio, tuvo y tiene la obligacion de reservar esa herencia para los hermanos del causante, en la hipótesis de pasar á un segundo, á un ulterior matrimonio.

52. Razon tenian, pues, los legisladores castellanos del 1500 en volver su vista hacia este asunto, cuando querían desatar las dudas de nuestro derecho, y remover las dificultades de nuestra práctica. Dudas y dificultades ofrecia la comparacion de la doctrina de las reservaciones con el sistema de los gananciales; y prestábase un servicio al buen órden y á la recta gobernacion del país, procurándolas resolver de una manera acertada y justa.

IV.

53. La resolucion que se tomó, ya la hemos visto desde el principio. Los bienes gananciales fueron eximidos de la carga ó condicion de la reserva. La viuda que pasaba á segundas nupcias, no tuvo ya el temor de ser inquietada por ellos. Cuales eran sus otros bienes propios, los heredados por ejemplo de sus padres, así fueron ya, para este punto de las reservaciones, los que se la adjudicaran como multiplicados al tiempo de fallecer su primer marido. La ley lo quiere, lo declara, lo dispone terminantemente.

54. ¿En qué se fundó la ley?—hé aquí la pregunta que desde luego ocurre al exponer esa determinacion.—¿Pensó bien, hizo bien la ley en ordenarlo así?—hé aquí la que se suscitará despues en todos los ánimos, cuando se haya respondido á la primera.—Veamos si nos es posible contestar á la una y á la otra.

55. La razon de esta ley décima cuarta ha sido inquirida y expuesta de distinto modo por diversos expositores. Quiénes han opinado que su fundamento consistía en que los gananciales eran otorgados á las mujeres por el mero derecho, no debiéndolos de ningun modo á la voluntad de su marido; consideracion que hemos apuntado ántes, sin poderle dar mucha fuerza, ó viendo en ella más bien una fuerza contraria. Quiénes han supuesto que la ley estimaba onerosa, y no gratuita y de pura merced, la adquisicion por la cónyuge de esos gananciales; y que siendo un premio de su industria, una remuneracion de su concurso, no podía haber justicia en dejar sometidos tales bienes á una posibilidad de pérdida, en la persona que con tanto derecho los había ganado.

56. Álgo de esto pudo haber, porque álgo de esto es natural, en el ánimo de los legisladores. El sistema de dividir lo multiplicado en el matrimonio es un sistema de premio y de estímulo á las mujeres: si se le menoscaba, sujetándolo al de la reservacion, no solo se amengua el estímulo, sino que se aminora injustamente el premio. Sin duda que en muchos casos la mujer ha contribuido con su cooperacion á las ganancias: sin duda que en ellos no ha sido un mero lucro el beneficio que le concedieron nuestras leyes: sin duda que una propiedad

que trae ese orígen no es materialmente comparable con una donacion, con un legado, que se reciben por la mera voluntad del que la hace ó del que lo deja.

57. Pero nosotros vemos todavía más en la ley. Nos llaman la atencion sus términos. No encontramos que hable sólo de la mujer; habla tambien, principia hablando del marido. «Mandamos, dice, que *el marido y la mujer*, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, *puedan disponer libremente de los bienes multiplicados*, etc.» De donde deducimos nosotros que una gran razon de la ley, y tambien su objeto, han sido la completa execuacion de los cónyuges, suelto ya el matrimonio, respecto á los bienes gananciales en cotejo con las reservaciones. Estas no se habían impuesto jamás al marido, por lo tocante á los expresados bienes. La ley no quiere que se impongan tampoco á la mujer; estimándolos iguales, consignando que uno propio debe ser su derecho. No se hace la declaracion para ella sola, aunque era ella sola la que la necesitaba: se hace para los dos, porque los dos deben ser iguales, se quiere que sean iguales en adelante.

58. Y tánto es esto así, que la siguiente ley, la décima quinta, no tiene otro fin ni otro propósito que el de establecer, el de consignar que las reglas de la reservacion son iguales para los dos cónyuges; que en los casos en que la mujer viuda está obligada á reservar álgo para los hijos de su primer matrimonio, en los mismos tiene igual obligacion el marido viudo respecto á las propias personas. Esta doctrina, que fué la última de la ley romana, que las Partidas no habían copiado, y que si encontraba algun séquito en nuestra jurisprudencia no podía obtenerlo sino en medio de contradicciones, es aquí, por la ley que citamos, explícita y terminante. Ahora bien: desde que se concibió entre nosotros, que tenemos gananciales—(ya queda dicho que en Roma y en Constantinopla no los había);—desde que se emitió; desde que la razon pública se apoderó de ella, y la aceptó la conciencia universal; claro y evidente se hizo que era indispensable poner á los referidos gananciales en la condicion en que los ponen estas leyes. Tambien acerca de ellos habíase menester formular la execuacion; y no existía medio posible de ordenarla, sino el de declarar exenta á la viuda de toda obligacion respectiva á reservarlos. Ó era menester que el viudo reservase á su vez los bienes multiplicados en su matrimonio,—lo cual sería absurdo, porque pugnaría con las idéas más elementales de todo dominio y con los principios de todo derecho;

ó bien hacíase forzoso escribir lo que en efecto se escribió en la ley décima cuarta, declarando que los adjudicados de tal especie á la mujer, á la viuda, eran irrevocablemente suyos, y le correspondian, bajo ese respecto, en plena propiedad.

59. Merece pues, todo bien examinado, nuestra aprobacion el sistema que adoptaron estas leyes. Razon tuvieron, y razones de diferentes clases, para disponer lo que sus textos encierran. El buen juicio comprende sus varios motivos, y la conciencia ilustrada no puede ménos de prestarles aprobacion; ora se considere que no quisieron amenguar un poderoso estímulo para el bien de las sociedades conyugales, ora que quisieron llevar á cabo un noble y santo principio de dignidad, cual lo es el de la igualacion, en todo lo posible, de las personas que se unen y viven en matrimonio.

V.

60. Esta ley décima cuarta puede dar lugar á una duda, que vamos á exponer en breves razones.—Hemos recordado y citado en parte la de D. Enrique IV en Nieva, por la cual se definieron, con toda la exactitud que entónces se alcanzaba, la naturaleza, efectos y límites de los bienes gananciales; y habrán visto ó podrán ver en sus palabras nuestros lectores un caso que prevé, y en el que esos gananciales quedan desvirtuados, anulados. «Y otrosí mando y ordeno, dice, que si la mujer fincare viuda, y siendo viuda viviere lujuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razon de su mitad, de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella durante el matrimonio entre ellos, y sean vueltos los tales bienes á los herederos de su marido difunto.»

61. Claro está, sin necesidad de decirlo, que aquí no se trata de reservacion. Es una conminacion que se hace, es una pena con que se amagá, y que se impone en su caso, en garantía del decoro, de la moral, de las buenas costumbres. Pero cuando se lee la décima cuarta ley de Toro, cuando se notan los principios de que parte y que establece, bien puede ocurrir la cuestion de si, despues de ella, está todavía vigente esa otra ley de D. Enrique IV. Si el marido y la mujer se hallan ya completamente igualados respecto á los bienes gananciales, concluido y disuelto el matrimonio, ¿cómo ha de subsistir,

cómo no ha de entenderse abolida la penalidad de la expresada ley de Nieva, que es contra la mujer sola, y en las circunstancias que hemos señalado? ¿Diremos tambien que el viudo que viva lujuriosamente pierde los bienes que se le adjudicaran de la misma clase, los que se deberán aplicar á los herederos de su difunta mujer? ¿Ó diremos que esa penalidad no subsiste ya, ni puede dirigirse de la manera y contra quien se dictó, pues que la viuda posee los gananciales *como sus otros bienes propios* (palabras de la ley décima cuarta de Toro) *que no oviesen sido de ganancia?*

62. Confesamos que la dificultad es para nosotros grave. Por una parte tenemos una ley cuasi-penal, ó por lo ménos y más exactamente hablando, revocatoria de un beneficio, la cual no está derogada explícitamente; y que no solo no está derogada, sino que se recomienda por los motivos morales que la inspiraron. Por otra tenemos el principio consignado en esta ley posterior, principio que se enuncia absolutamente, y que no supone revocacion posible de aquel beneficio propio. Aquello y esto, uno y otro sistema, se pueden sostener con razones, no solo plausibles, sino poderosas. Aquello y esto, uno y esta sistema, darían mucho que pensar á los más ilustrados jueces, ántes de permitirles que se decidieran por ninguna opinion.

63. Por fortuna, ese hecho de vivir lujuriosamente una viuda es de los que no se pueden articular con facilidad, porque su prueba es harto difícil en la práctica del mundo. Una debilidad sola, las consecuencias de una debilidad, no bastarían evidentemente para autorizar tal acusacion. De manera que la ley de que hablamos quizá es más bien un homenaje á ciertos principios y una amonestacion á ciertas personas, que no una regla que podamos ver invocada ni aplicada en casos comunes. Si esto es un bien ó un mal en la marcha ordinaria del mundo, no es ocasion de decidirlo ahora: por fortuna ó por desgracia así sucede muchas veces, y todos nuestros esfuerzos y toda nuestra voluntad no han de poder de seguro evitarlo.

VI.

64. Resumamos las idéas que hemos emitido en este Comentario, para venir á su conclusion. Démosles tambien el órden científico, el órden expositivo, á fin de que aparezcan con

toda claridad. Si los legisladores no pueden ni aun deben hacer esto en todos los casos, el que los estudia, los comenta, los explica, debe poner todo su empeño en conseguirlo y en hacerlo.

65. Primera y fundamental idéa de estas leyes de Toro. En todos los casos en que la viuda, pasando á segundas nupcias, tiene obligacion de reservar algunos bienes, en todos ellos la tiene igualmente el marido que, viudo, contrae segundo matrimonio. La tal obligacion es de todo punto idéntica para el hombre y la mujer.—Hé aquí un principio que, siendo del último derecho romano, no estaba escrito en nuestras antiguas leyes, ni aun en las inspiradas por aquel: hé aquí una doctrina que, si pugnaba por entrar en nuestra práctica, no creemos que estuviese admitida inconcusamente en ella. Y sin embargo, nada parece más justo, más equitativo, más natural. Si la reservacion es indicada por el buen juicio, si es aceptada por la conciencia, los casos en que parece legítima lo mismo alcanzan al hombre que á la mujer. Si un sentimiento instintivo de rectitud pide que la madre conserve para los hijos de cada matrimonio lo que el padre de estos le dió, no pide ménos que ese mismo padre conserve tambien para los propios hijos lo que debiera á la mujer de quien los hubo. Esto es incuestionable: la ley que lo ordena es una ley igual, una ley humana, una ley justa.

66. Segunda idéa, segundo precepto de las expresadas leyes. Los bienes gananciales, ni para la viuda ni para el viudo, nunca son materia de reservacion. Respecto al viudo, ni lo habían sido jamás, ni se concebía que pudiesen serlo. Era pues indispensable que tampoco para la viuda lo fueran. Por una parte, habría sido desconocer que esos bienes se dan á la mujer no graciosa sino remuneratoriamente, por álgo, como estímulo y como premio. Por otra, el principio de la igualdad que hemos enunciado ántes, base de la dignidad completa en el matrimonio, lo exijía irremisiblemente. La ley pues que así lo reconoce no es ménos justa ni ménos humana.

67. Lo dicho es todo en las leyes que examinamos: su texto no ordena, no previene más. Con ocasion de su texto puede inquirirse cuáles son esos casos de reservacion, que ellos suponen y que no explican. Nosotros los hemos examinado ántes. En nuestro derecho escrito hemos encontrado muy pocos: en las doctrinas, y valiéndonos de la razon, algunos más han podido descubrirse.

68. Una cosa fundamental, suprema, queremos advertir.

Esta materia de la reservacion debe ser considerada como *odiosa*, en el sentido jurídico, técnico, de este nombre. No que sea en principio injusta, no: entónces no se debería admitir en ningun caso; sino que es opuesta á las idéas más vulgares, más ordinarias, del derecho. Tiende á menoscabar la propiedad en quien ántes la gozaba completa: tiende á convertir el dominio en usufructo, trasladando á otros, contra su interés, lo que alguno poseía: ostenta un aire de penalidad, de que difícilmente la despoja nuestro ánimo. No decimos que sea una penalidad absoluta y reflexiva: hemos dicho lo contrario en números anteriores; pero álgo queda de ella, por sentimiento si no por idéa, en su concepcion y en su ejecucion. Consecuencia es de todo que á semejante sistema debe, en buena doctrina, restringírsele. En caso de duda, la razon aprueba, la razon quiere que nos decidamos contra las reservaciones. La economía, la justicia, y aun la equidad, lo recomiendan unánimemente.

LEY DÉCIMA SEXTA.

(L. 8.ª, tít. 4.°, lib. X, Nov. Rec.)

Si el marido mandare alguna cosa á su mujer al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la mujer ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio; mas haya la dicha mitad de bienes, é la tal manda, en lo que de derecho debiere valer.

COMENTARIO.

1. La institucion del sistema de gananciales hecha por nuestras leyes castellanas, si satisfacía las aspiraciones de la conciencia y los instintos del buen sentido, trajo tambien al terreno de la práctica dificultades que no conocieran las antiguas y las extrañas legislaciones. Algunas nacieron naturalmente del sistema propio, como que no hay doctrina que no las engendre de por sí: otras, y eran las más, se derivaban de juzgar á este sistema, de querer desenvolverlo, de empeñarse en interpretarlo, por nociones que correspondían á sistemas diferentes. Imbuidos en las idéas romanas, estudiando exclusivamente sus códigos, considerándolos como la norma de todo criterio legal, era como venían nuestros doctores á explicar la doctrina de los gananciales, como venían nuestros letrados á debatir las controversias á que estos daban ocasion. ¿Qué tiene pues de extraño que lo claro se hiciera oscuro, que lo sencillo apareciese complicado, y que lo fácil se convirtiese en dificultoso? Lo singular hubiera sido que de aquellas premisas no se derivaran estas consecuencias: que hubiese habido siempre

acierto y razon en las aplicaciones, cuando se partía de principios que estaban en tan completo desacuerdo.

2. Muévenos á decir estas palabras la consideracion de todo lo que se ha escrito de vacío y de inútil en los diversos comentarios de esta ley décima sexta. Nada más claro á la verdad que su espíritu y su precepto: nada más confuso, más complicado, ménos inteligible, que lo acumulado para *explicarla*. Cuando se lee su texto, es imposible que ocurran á nadie dificultades sobre lo que ordena: cuando se estudian las declaraciones doctrinales de que la han acompañado los pragmáticos, la inteligencia se ofusca, y suele concluirse por dudar de lo mismo que ántes era notorio.—Solamente Antonio Gomez tuvo el buen sentido de no caer, aquí, en esos laberintos inextricables: bien es verdad que Antonio Gomez, bajo su corteza de un latin risible, era escritor de recto juicio, y daba á menudo pruebas de templanza y de sensatez.

3. Como quiera que sea, hemos dicho y repetimos que la inteligencia de esta ley no ofrece ninguna dificultad. Añadimos que sus supuestos no la ofrecen tampoco. Hase visto anteriormente que la legislacion de Castilla reconocía pertenecer á las mujeres casadas la mitad de esos bienes que en nuestro derecho y en nuestro foro se distinguen con el nombre de gananciales; esto es, los frutos de los bienes propios de cada cónyuge, y las adquisiciones no exceptuadas que se hubiesen hecho durante el matrimonio. Hase visto tambien que esa pertenencia, que esa propiedad,—subordinada siempre á la prudencialmente libre administracion y disposicion del marido, en tanto que no acaba aquel periodo,—se hace definitiva, perfecta, *in actu*, bajo todos aspectos fecunda, desde el instante mismo de su disolucion. De manera que al morir el marido ó al morir la mujer, ésta ó los herederos de ésta tienen una accion eficaz para reclamar y obtener como suya esa mitad de los bienes de que estamos tratando. Lo que había estado hasta allí expuesto á los azares de la suerte conyugal; lo que habría podido perderse por contratiempos que al marido, jefe de la familia, ocurrieran; lo que ese marido hubiera enagenado válidamente, no haciendo tal enagenacion con el ánimo de perjudicar á su consorte; llegado ese instante á que nos referimos, ya entraba con absoluta perfeccion en la omnímoda propiedad de ésta, y había de entregarse de hecho á la misma ó á sus causa-habientes, para que lo tuviesen, lo gozasen, lo administrasen, del modo más completo y absoluto. Y esto no lo percibían ella ó ellos

como un don del marido: percibíanlo, porque así lo tiene dispuesto la ley, porque así lo han hecho las costumbres fundamentales de nuestra nacion, porque ley y costumbres lo han concedido á la mujer como recompensa de su participacion en la vida comun del matrimonio. Si la sociedad conyugal, esa union *sui generis* á ninguna otra comparable, no había sido su causa, á la manera que lo son las sociedades vulgares hechas para el logro, la sociedad conyugal había sido indudablemente su motivo y su ocasion. Su causa verdadera—ya lo hemos dicho—está en las costumbres, está en las leyes.

4. Ahora bien: á la par con este hecho legal y necesario, evidente es que puede concurrir otro hecho de distintas condiciones: el de que el marido legue, done, mande alguna cosa ó alguna cantidad á su mujer, como pudiera legarla, donarla, mandarla á cualquiera otra persona. La mujer no tiene impedimento para ser favorecida, á causa de muerte, por la voluntad de su consorte, dentro de los límites en que está autorizado para disponer de sus bienes propios. Y cuando esto se verifique, acumulándose dos hechos distintos pero no contrarios, claro debería parecer al buen sentido que esa mujer de que se habla resultaría poseedora de dos derechos:—uno, el que le concede la ley en la mitad de los gananciales del consorcio; otro, el que le habría otorgado su cónyuge en una determinada parte de sus bienes, en lo que exprese el texto del legado, en lo que dispongan las palabras de la manda.

5. De donde naturalmente se podría inferir que esta manda y aquellos gananciales son cosas diversas, y que no deben confundirse: que reunidas por acaso en una persona, esa persona debe recibir las dos. Esto es lo que, á nuestro juicio, dicen de la manera más terminante, y puesta á un lado toda sistemática sutileza, la razon, la sensatez y la justicia. Esto es lo que no comprendemos cómo hubo álguien que no lo viese, y que quisiera demostrar lo contrario.

6. Y sin embargo, ello fué así. La dificultad existió. La duda surgió, por lo ménos. Y los legisladores de Toro, en su propósito de resolverlas, tuvieron que hacer una ley, para ordenar categóricamente, no otra cosa que lo que el buen sentido, que lo que la razon más evidente ordenaban. Sin las reminiscencias del derecho romano, jamás hubiera habido que escribir este precepto; porque jamás hubiera ocurrido á nadie el pretender como posible lo contrario de lo que en él se dispuso, de lo que en él fué preciso que se dispusiera.

7. Pocas palabras serán suficientes para explicar, no el fundamento, sino el orígen de esa dificultad, de esa duda.—Los juristas del siglo XV habían solido decir que el marido era, respecto á su mujer, *deudor* de la mitad de los gananciales; y como esos propios juristas aceptaban y profesaban, cual una doctrina del derecho comun, que cuando un deudor deja álgo en su testamento á un acreedor,—por lo ménos siempre que no aparece claramente lo contrario,— se ha de entender que lo que le manda es su propio crédito; de aquí dedujeron que el legado del marido á la mujer, no declarándose de un modo explícito otra cosa, había de entenderse como mera parte, como un á cuenta de los gananciales que le debía.

8. No vamos á examinar aquí las razones de esa doctrina: no vamos á entrar en sus pormenores; no queremos calificarla en la generalidad con que se enuncia y procede. Bástanos con observar que tiene su orígen, su aplicacion, su materia, como ántes queda dicho, en algo extraño á nuestra legislacion de gananciales; y que repugna á los sencillos instintos que, sirviendo á esta legislacion de base, debian ser la adecuada norma para estudiarla y comprenderla. No se hacía bien en comparar á la mujer, dueña por la ley de esos gananciales propios, dotada en ellos de un derecho real que era perfecto é irrevocable desde la muerte de su marido; no se hacía bien, repetimos, en compararla con todo otro acreedor, cuyas circunstancias respecto á los deudores que les dejan legados son evidentemente tan distintas. Fuese el que fuese el derecho comun para los casos de estas otras mandas, un sentimiento irresistible nos dice que ese derecho no se puede aplicar á los gananciales.

9. Hizo, pues, la ley lo que debía hacer, cuando obligada á hablar, habló en la forma que hemos visto. Dijo lo que el buen sentido decía, lo que la recta razon inspiraba, lo que no podía ménos de deducirse de la doble naturaleza de los gananciales y del legado. Si las elucubraciones de algunos intérpretes la ponían en el caso de hacer todavía derecho, el derecho que dictó fué racional y plenamente conforme con las índoles de lo uno y de lo otro. No: ni el marido es un deudor cualquiera, ni la sociedad conyugal es una sociedad comun. Esta materia tan importante en que nos ocupamos, no se ha de esclarecer sino por los principios que le son naturales, que le son propios. Así, la accion de la manda y la accion de los gananciales son dos derechos que no se confunden, y que producen en beneficio de la mujer un doble resultado.

10. Aparte de esto, y visto ya el motivo de la ley, sería inútil el detenernos un instante más. Su disposicion es en la práctica tan clara que ni aun los más sutiles tratadistas han promovido la menor cuestion respectivamente á ella.

LEY DÉCIMA SÉPTIMA.

(L. 1.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría ó no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contracto entre vivos, oviese entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la ficiese, ó á quien su poder oviese. Ó le oviere entregado ante escribano la escriptura dello. Ó el dicho contracto se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento ó por otra cosa semejante. Que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, si no reservase el que lo fizo en el mismo contracto el poder para lo revocar; ó por alguna causa que, segun las leyes de nuestros reinos, las donaciones perfectas é con derecho fechas se pueden revocar.

COMENTARIO (1).

I.

1. Conocidas son las reglas capitales sobre el derecho de testar en estos reinos de Castilla. Las personas que tienen hijos

(1) Hemos dudado, al empezar este Comentario, si reuniríamos aquí, como lo hemos hecho en otras ocasiones, las varias y subsiguientes

ó padres, descendientes ó ascendientes legítimos, no pueden disponer libremente de todos sus bienes. Nuestra legislacion, como la romana en sus medios y en sus últimos tiempos, ha reconocido y señalado herederos forzosos, á los cuales no se puede privar de lo que se llama su *legítima* sino por una explícita, terminante exheredacion, fundada en causas ciertas y legales.

2. La legítima completa de los hijos ó descendientes consiste en las cuatro quintas partes de los bienes paternos y maternos. En esa fijacion, en el tánto de esa cantidad proporcional, no han seguido nuestras leyes las disposiciones del derecho de Roma: sabido es que segun el nuevo, el que sucedió allí al de las Doce Tablas (1), la tal legítima no consistía sino en el cuarto de los referidos bienes; y que segun el novísimo, creado en este particular por una Novela, cuando los hijos eran hasta cuatro tenían accion al tercio de aquellos, y cuando excedían de tal número le tenían á la mitad. Pero nuestras leyes españolas, las visigodas primero, y las castellanas despues, habían restringido más la libre disposicion de los padres, y extendido tambien más, hasta la suma de los expresados cuatro quintos, el derecho total de los hijos ó descendientes. Así lo escribió la 1.ª, tít. 5.º, li-

---

leyes que tratan del asunto de las mejoras. Quizá de ese modo podríamos dar un carácter más ordenado á nuestro libro. Si no nos hemos atrevido, por fin, á emprenderlo, si nos limitamos aquí á exponer esta ley décima séptima, consiste en que para seguir otro camino habríamos tenido que agrupar demasiadas, nada ménos que hasta la vigésima nona ó trigésima; y hemos recelado que entónces dejaría de ser lo que es la obra que escribimos, convirtiéndose de comentarios en verdaderas monografías. Puede ser que bajo cierto punto de vista fuese esto mejor; pero no ha sido tal nuestro propósito, no es lo que venimos haciendo. Nos resignamos, pues, á marchar de un modo constante, como exije esta Coleccion de leyes, siguiéndola paso á paso: sin perjuicio de modificar parcialmente nuestro método en aquel otro sentido, siempre que podamos hacerlo sin dificultades graves, y como lo hemos hecho hasta ahora en las ocasiones en que ha sido posible; y sin perjuicio tambien de consignar en un apéndice, al fin de las que tratan de esta materia, las reflexiones que no nos hayan cabido naturalmente en el exámen de ninguna particular.

(1) En el derecho de las Doce Tablas no hay legítimas, y la facultad de testar en los padres es completamente libre. Todo el mundo conoce la célebre fórmula: *Paterfamilias uti legasset super familia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

bro IV del Fuero-Juzgo: así lo volvió á escribir la 10.ª, tít. 5.°, lib. III del Fuero Real: ésta fué la constante legislacion de nuestros mayores, y añadamos asimismo su no interrumpida costumbre. Vanamente el Código de las Partidas copió entre sus disposiciones el sistema y el precepto de Justiniano: esa pretensa innovacion ni tenía antecedentes en nuestro suelo, ni se recomendaba como teoría por razones filosóficas que la hiciesen triunfar, á la manera que triunfaban otras de las comprendidas en aquel libro. La ley 17.ª, tít. 1.° de la Partida VI, no ha regido nunca, ni por un solo instante, en los estados castellanos.

3. Volvemos, pues, á decir que la totalidad de la legítima de los hijos en los bienes paternos, esto es, lo que el padre tiene que dejar á todos sus descendientes del caudal que goza, consiste en las cuatro quintas partes de ese caudal mismo. De lo que excede ó está fuera de esta suma, del quinto, puede disponer con entera libertad, ora para sufragios, segun nuestras piadosas costumbres, ora en beneficio de cualquier persona extraña: en esa suma, en los referidos cuatro quintos de sus bienes, la ley fuerza su voluntad, embarga su mano, y no le permite llamar sino á los que por legítimas nupcias han nacido ó descienden de él propio.

4. Mas si la ley ha fijado ese límite é impuesto esa barrera á la facultad de testar de los padres, ya dentro del límite mismo háles dejado alguna, no poca amplitud. La totalidad de los hijos ó descendientes tienen incuestionable derecho á los cuatro quintos de los bienes de sus padres; mas no por eso cada uno de los tales hijos lo tiene igual, perfecto, absoluto, á la respectiva parte alicuota de esa legítima comun. Es obligacion del padre dejar á todos sus descendientes la referida suma; no es obligacion del mismo la de dejársela repartida con igualdad estricta y rigorosa. Dentro de esa suma, de ese todo, y tratándose ya sólo de los mismos hijos ó descendientes, hay legítimas especiales que son enteramente necesarias, y caben tambien desigualdades, ventajas, preferencias, que pueden hacerse ó no hacerse, á voluntad de los padres testadores.

5. Así como estos tienen absoluta libertad para dejar el *quinto* á quien quisieren, aun á las personas más extrañas y apartadas de su linaje, por medio de donaciones, mandas y legados; así la tienen tambien para dejar el *tercio* á alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes, por medio de lo que se ha llamado *mejoras*. Las propias leyes que establecieron entre nosotros la legítima de los cuatro quintos, esas mismas la explica-

ron y completaron con esta institucion. Despojando al padre de todo derecho de testar para su alma (1) ó para extraños en aquella gran mayoría de sus bienes, diéronle sin embargo ese derecho respectivamente á sus hijos, y para beneficio de sus hijos, hasta en el tercio de su hacienda. De modo que la suma doctrina legal consistió en una combinacion artificiosa de límites y de poder, de imposibilidades y facilidades, que satisficieron á nuestro juicio completamente las idéas, los hábitos, las exijencias del pueblo para quien se dictaban. Huyóse en este sistema de los derechos rigorosos y absolutos: no se admitió en él ninguna consideracion que eclipsase por completo á las demás consideraciones. Si estuvo muy léjos de ser omnímodo el derecho de testar, como debe suceder en los paises de tendencias democráticas, al cabo, dentro de la familia, álgo y mucho se otorgó al padre con la facultad de conceder mejoras. Todo había querido atenderlo el legislador en su conciliadora prudencia: ni los hijos podían ser privados por un capricho de la mayor parte de los bienes que naturalmente esperaban; ni los padres quedaron desarmados delante de ellos, con mengua de una autoridad tan respetable como la suya, y sin el poder doméstico que les ha confiado Dios en su carácter de jefes y cabezas de sus familias.

6. Pero si éste era, en principio, en resúmen, el sistema castellano al comenzar el siglo XVI, no cabiendo sobre su naturaleza ninguna verdadera cuestion, no pudiendo dudarse de su esencia ni de sus límites; forzoso es reconocer que faltaba expresion, decision legal, para muchos de sus pormenores, y que cabían fácilmente arduos y empeñados problemas en varios incidentes de su aplicacion y de su práctica. Las leyes que hablasen de este asunto no eran hasta entónces más que las dos que hemos citado; y eso, suponiendo que la del Fuero-Juzgo pudiera invocarse y aplicarse. Nada más había en ellas, ninguna otra cosa habían hecho que establecer un principio de doctrina, que asentar una base de legislacion. Y si ellas no habían cuidado de

(1) Usamos la expresion de testar *para su alma* ó *en favor de su alma*, porque está usada por todos los expositores. A nosotros no nos parece muy propia; y mucho ménos la que tambien se acostumbra de *instituir á su alma por heredera*. El heredero, que *legalmente* se hace la misma persona con su causante, debe ser, no puede ménos de ser *naturalmente* una persona distinta. Pero si fuésemos á censurar todas las locuciones impropias de una tecnologia como la del foro, grave carga nos impondríamos, y en insoportable trabajo nos empeñáramos.

su desenvolvimiento auténtico, fácil es de conocer cuántas dificultades embarazarían al doctrinal, considerando que nuestro Código científico, el de las Partidas, no había admitido la propia base, sino una bien opuesta, cuyas deducciones legítimas, cuyas consecuencias prácticas debían ser necesariamente muy otras.

7. Infiérese de aquí, aun en el terreno más general y más abstracto, que las leyes de Toro, destinadas á resolver dudas, á transigir diferencias, á poner en órden y conciliacion los encontrados elementos de nuestro derecho, tenían naturalmente que ocuparse en estos importantísimos asuntos de legítimas y mejoras. No por un capricho, no siquiera por un deseo de perfeccionamiento vulgar, debían acudir á esa materia los jurisperitos que se dedicaban á aquel trabajo: era indispensable que á ella viniesen, si habían de cumplir el propósito que los llevaba á la redaccion de este cuerpo legal, cuyo confesado objeto era el de completar el derecho existente, el de resolver las dificultades de la práctica diaria. La cándida sencillez de la ley del Fuero reclamaba una científica explanacion de sus bases: la jurisprudencia, hasta allí caprichosa porque carecía de apoyos teóricos y reflexivos, demandaba tambien fundamentos de órden, principios realizables de razonada aplicacion. Ni podía ser más importante la materia, ni se podía recomendar la decision con más urgencia ni con más empeño. La transmision hereditaria es uno de los primeros principios de toda sociedad civil; y no merece el nombre de legislacion filosófica y culta la que no cuida de definirla convenientemente en sus preceptos, resolviendo todas las dudas que hayan surgido acerca de los mismos en el variable terreno de la práctica.

8. Hé aquí lo que trataron de hacer varias leyes de Toro, á comenzar por esta décima séptima que nos ocupa.

II.

9. Tiene por objeto la presente ley estatuir la revocabilidad ó irrevocabilidad de esas mejoras del tercio, á que hemos hecho alusion. Con este fin, da por sentados algunos supuestos en la esfera de su derecho; y pasando á la parte preceptiva, establece un principio, señala excepciones, y vuelve á distinguir y á excepcionar en las excepciones propias.

10. Los supuestos asentados por ella, son: primero, que las

mejoras pueden hacerse, no solo por testamento ú otra especie de disposicion *mortis causa*, sino tambien por contrato entre vivos; y segundo, que pueden hacerse á hijos ó descendientes que se hallaren en poder del padre, y asimismo á hijos ó descendientes que estuviesen fuera de su potestad.

11. Esta segunda suposicion era natural, era obvia, no ofrecía en nuestro juicio dificultad alguna. Basta considerar que la madre no tuvo nunca, ni tiene aún, esa potestad por las leyes castellanas, y sin embargo la madre tambien mejora: basta considerar, contrayéndose al padre especialmente, que los hijos emancipados son tan necesarios herederos como aquellos otros que no han salido nunca de su poder. La siguiente ley, la décima octava, nos dirá además que puede mejorarse á los nietos, viviendo sus padres, hijos del que mejora, bajo cuya autoridad deben naturalmente hallarse.—Mas en lo tocante á lo primero, á la suposicion de que la mejora pueda hacerse por convenios, de la propia suerte que por disposiciones testamentarias, nuestra razon nos dice que algunos motivos habría efectivamente de duda; y que se ha hecho bien por consiguiente en determinar el caso, siquiera haya sido de pasada, y no en una forma preceptiva, imperatoria. Si las mejoras, de cierto, son partes de las herencias, y si las herencias se ordenan sólo en testamentos ó codicilos, y no se solemnizan en verdaderos contratos, nada tendría de particular el que una jurisprudencia rigorosa hubiese repelido toda mejora hecha por pacto ó convencion, y pretendiese que era inhábil é ineficaz un acto de ese género, en el que se contrajeran obligaciones, á favor de determinados hijos, sobre el caudal que por su muerte debían dejar los padres.

12. No fué ésta sin embargo la doctrina ni la voluntad de la ley. Su sistema ha sido un sistema ménos rigoroso: su inteligencia una inteligencia de más buena fé.—«No tengo inconveniente (dijo) en que los padres se comprometan durante su vida por actos formales, hasta por verdaderos contratos, sobre las ventajas que quieran dar á algunos de sus hijos, en razon de mejoras. Si esto se suele hacer por lo comun en los testamentos, si parece lo más natural que se haga en los testamentos, permito con todo que de cualquiera otra manera se inicie, que de cualquiera otra manera se haga. Yo descarto, yo repelo toda sutileza y aun toda consideracion que pudiese impedirlo: esa facultad es demasiado importante, y puede producir demasiado buenas consecuencias, para que no la dé toda mi aprobacion, todo mi apoyo.»—Así pensó el legislador; y como resultado de

ello, escribió esta ley que nos ocupa, y alguna otra de las siguientes, que guarda con ella completa concordancia (1).

13. Mas por lo mismo que se daba tal amplitud en este particular, hacíase inmediatamente indispensable lo que sigue en el texto que examinamos; por lo mismo era necesario escribir derecho sobre la revocabilidad ó irrevocabilidad de las mejoras. Si sólo hubiese sido posible concederlas en testamento ó en otras últimas voluntades, dicho se estaría que toda mejora tuviese que ser esencialmente revocable, como lo era el conjunto de que formaba un hecho, un elemento parcial. Admitiéndose la mejora por acto de vida, por contrato, no solo faltaba ya esa razon, sino que aparecía y podía presentarse la contraria: los contratos producen por lo comun obligaciones permanentes, obligaciones que no se revocan por meras y especiales voluntades. De donde se derivaba lo que acabamos de decir: esa declaracion, esa extension, exijía como corolario ótra no ménos explícita en este punto: reconociéndose una y otra clase de mejoras, forzoso era resolver lo conveniente sobre su revocabilidad ó su irrevocabilidad. El supuesto hacía necesario el precepto: lo que se admitía obligaba á que en este punto se ordenase álgo.

14. Á nuestro modo de ver, la ley procedió con razon y con juicio. Lo primero, buscó una regla general, para fijarla como base: despues, inquirió si esa regla podía tener excepciones: aun dentro de estas excepciones mismas, halló casos en que era oportuno volver á la base, al sistema fundamental. Y todo lo dijo claramente; y en todo fué guiada por consideraciones de buen sentido, que son siempre las más propias de hombres de estado, que no pierden de vista ni los hábitos ni las necesidades de sus pueblos.

15. Sabía muy bien la ley una cosa que ya hemos indicado nosotros:—que en materia de disposiciones *inter vivos*, en materia de contratos, no solo bilaterales mas aun unilaterales, lo ordinario, lo vulgar es que los pactos concertados, que las obligaciones convenidas y aun ofrecidas, sean por su naturaleza irrevocables. El derecho escrito, de acuerdo con la razon, presume que son cosas serias las palabras humanas; y toda vez que se pronuncian y se consignan, no concibe que queden fácilmente sin efecto. La revocabilidad es siempre una excepcion en el terreno comun de las obligaciones concertadas y perfectas: lo natural y lo ordinario,—repetimos,—es que sean irrevocables.

(1) Ley vigésima segunda.

Cuando el que se obligó de ese modo no quiere cumplir sus compromisos, el que á su vez ganó la respectiva accion le compele, le fuerza á ello.

16. Mas no obstante ese principio, la misma ley debió tener presentes otras consideraciones en el caso que nos ocupa, y se vió llevada á buscar otra base, y á escribir un precepto diferente. Ni pudo prescindir de la verdadera íntima naturaleza de la mejora; ni pudo olvidar que al cabo consistía la índole de ésta en ser una parte de la sucesion que había de dejar el padre otorgante. Si por facilitar las ventajas que en ello viera, accedía á que las tales mejoras se pudiesen otorgar convencionalmente y por medio de contratos, no fué sin embargo razon que diese una omnímoda importancia á la forma, cuando el fondo no concurría á recomendar idénticas consecuencias.—«La mejora, mejora es, (pensó), y nada más que mejora, miéntras solo está convenida, pactada, otorgada, por un hecho convencional puro y simple. No elevemos pues el accidente sobre la sustancia. Conservémosle el carácter que no ha traspasado, que no ha llegado á perder, sin consentir que lo eclipse el carácter de una forma, que es solo accesoria, que no es esencial á ella.»

17. Aquí está el sistema, y aquí está la razon del sistema consagrado por nuestro texto. Ora haya sido, dice, inserta la mejora en una última voluntad, ora pactada por algun contrato entre vivos, hasta la hora de su muerte puédala revocar el padre. Esa es su doctrina capital, esa es su base, esa es su regla. Las excepciones, como hemos anunciado, vendrán despues, cuando se presente alguna circunstancia que las motive. Mas el hecho mero y desnudo de haber pacto, de haber convencion, de haberse concedido por un documento de vida, eso segun la ley no cambia la índole de la mejora, no la constituye irrevocable. Más que ese accidente puede y pesa la consideracion hereditaria que tiene por carácter intimo y esencial.

18. Pero dicho esto, habemos de llegar á las excepciones. La ley misma no debió desconocer que podrían ir tan allá, en esos casos de contrato, las circunstancias de la forma, que fuese imposible no concederles influencia sobre el fondo. En buen hora que el simple mandato, que el mero hecho de mejorar, realizados por contrato, fuesen revocables, de la propia suerte que si se hubiesen consignado en testamento; pero si se había pasado del precepto propio, si habia intervenido tradicion, si se entregaron realmente los bienes en que consistía la mejora, ¿era posible que continuase aún en tales casos el mismo derecho, y que tambien

se pudiese revocar lo que en rigor no se revocaba sólo, sino que se deshacía? Ó bien, suponiendo una hipótesis diversa, si el contrato por el cual se daba ó se ordenaba la mejora de que hablamos era un convenio de recíprocas obligaciones; si á virtud de esa entrega ó de ese acuerdo contraia una tercera persona efectivos y reales compromisos; si tal vez los llevaba á cabo, ¿había de poder quedar sin efecto lo que fuera en realidad su causa, su compensacion, su equivalencia?

19. Claro es que esto no era posible. No sólo la razon legal, sino hasta el mero buen sentido indicaban á los legisladores lo contrario. En su mano habían tenido sin duda el prohibir que las mejoras se hiciesen por actos *inter vivos*, limitándolas tan sólo á las últimas voluntades: en su mano tenían tambien el impedir que se realizasen absolutamente, por todo género de convencion onerosa. Mas no queriendo esto, mas no atreviéndose á esto, mas viendo en el sistema contrario ventajas que no se querían perder, libertades que parecía oportuno respetar, necesario fué admitir las consecuencias del sistema mismo, y aceptar las excepciones que hemos anunciado, á la primitiva, capital regla de la revocabilidad. Sin duda había ó podía haber en estos casos álgo más que un simple accidente de herencia; y nada tenía de extraño que no se acomodaran rigorosamente á la norma comun de las sucesiones hereditarias.

20. Y en efecto, eso es lo que se nota en las excepciones que esta ley consigna, en los casos de irrevocabilidad que establece. La mejora del tercio verificada por contrato entre vivos será irrevocable, segun su texto, en las hipótesis que siguen. Primero: cuando el padre testador haya entregado la cosa ó cosas en que consistiere dicha mejora al hijo ó descendiente mejorado, ó á quien tuviere su poder para recibirla. Segundo: cuando le haya entregado ante escribano la escritura en que realiza y le otorga tal mejora. Tercero: cuando medie para conceder ésta un motivo oneroso con otra distinta persona; séase casamiento, séase cualquier análogo que incluya obligacion. Es decir: cuando un tercero, un individuo diferente del padre y del hijo, concurre al acto, se impone algun gravámen, adquiere ó toma algun compromiso; y ora como causa, ora como consecuencia de ello, promete, otorga, lleva á cabo el padre esa ventaja hereditaria de que hablamos. Si no más que en estas tres hipótesis, de cierto en estas tres hipótesis la mejora pactada es, segun el texto de la ley, irrevocable y definitiva; ni se puede romper, ni se puede variar.

21. Detengámonos ahora un momento en cada cual de ellas, procurando comprenderlas exactamente, y hacernos cargo de toda su razon.

22. Es el primer caso cuando el padre entrega á su hijo los efectos ó bienes en que ha de consistir la mejora. Para cuya inteligencia es necesario tener presente que ésta se puede hacer de ó con cosas determinadas, como cabe que sea genérica, que se refiera al tercio del caudal, puro y abstracto. Más adelante encontraremos dos leyes, la décima nona y la vigésima, que lo dicen así; que autorizan á los padres para que puedan señalar los bienes específicos de que hayan de componerse las expresadas mejoras, prohibiendo que cuando tal sucediese se falte á su voluntad, y se las haga consistir en otros. Véase, pues, cómo la ley ha hablado con exactitud: cómo no hay dificultad alguna para que el padre mejorante entregue las cosas en que mejora, á cualquiera de sus descendientes.

23. Ahora bien: cuando ocurre este caso, cuando el padre por un acto entre vivos se compromete, mejorando á un hijo suyo en tal cosa ó en tal cantidad, y de hecho y en aquel momento se la entrega, por más que la ley no le llame sino mejora, porque el mismo padre no le haya dado sino este propio nombre, la verdad es que unida con ella, con la idéa fundamental de ella, existe una donacion, y es forzoso reconocer una donacion. La mejora exclusiva y pura—el buen sentido lo dice—sería un mero acto de futuro, para lo futuro; y aquí tenemos un acto de presente, para lo presente. El padre que tal cosa hace, no sólo *mejora*, sino que desde luego *da* á su hijo. Con la esencia de lo uno tiene que combinarse la esencia de lo otro. Por eso las consecuencias, los necesarios resultados, tienen que participar de las condiciones de las dos.

24. Tambien encontraremos más adelante otra ley,—la vigésima sexta,—segun la cual las donaciones hechas en vida por los padres á los hijos, se entienden despues de su muerte mejoras, y se imputan en este concepto. Todo ello, pues, está enlazado; todo era forzoso que lo estuviese, si se habian de tener en cuenta las inspiraciones más obvias de la recta razon. Si las donaciones de los padres no fueran despues imputables á los hijos, claro es que por ese medio, por donaciones hechas á unos, se podría dejar sin legítima á los otros. Si esas mismas liberalidades no se imputaran como mejoras sino como legítimas, claro sería igualmente que más que de liberalidad tendrían la condicion de un préstamo, de un adelanto. La verdad es que entre la

donacion y la mejora hay natural analogía; y que así como aquélla se convierte en ésta, cuando muere el padre que la otorgó, así tambien ésta última toma el carácter de la primera, y adquiere su irrevocabilidad, cuando se completa con la entrega de los bienes en que consiste.

25. No debemos pasar de este primer caso ó hipótesis, esto es, de el de la entrega de los bienes en que consistía la mejora, sin hacernos cargo de varias sub-hipótesis que en el mismo son posibles, y sin decir algunas palabras sobre las dudas á que pueden dar ocasion. Hasta aquí hemos hablado de la expresada entrega, como comprendiendo la totalidad de los bienes en que dicha mejora se efectúa; pero bien se alcanza que los hechos pueden no haber ocurrido plenamente de ese modo, y es indispensable discernir cuáles otros podrán presentarse, y cuál deberá ser el derecho que haya de regularlos.

26. Hé aquí una suposicion. El padre, siempre por contrato entre vivos, mejora á tal de sus hijos en dos fincas, y sólo le entrega una. ¿Habrá de decirse que la irrevocabilidad, consecuencia de la tradicion de ésta, alcanza á la otra, á las dos? ¿Habrá de suponerse, aunque no se haya dicho, que lo entregado representaba á lo no entregado, y producía en ello un efecto idéntico al que realizaba en sí propio?

27. Francamente, no lo creemos; porque no descubrimos, ni en lo moral ni en lo legal, ninguna razon para que así sea. Entre las dos fincas de que se trata no existe ninguna relacion que forzosamente las una. Cada cual ha podido venir de por sí, y ser ella sola, únicamente, materia de la disposicion paterna de que hablamos. Parécenos, pues, que si no se ha hecho entrega material de las dos, es porque en realidad no ha querido hacerse. Ahora bien: la entrega, no más que la entrega, es, en esta hipótesis, lo que pone un límite á la facultad de la revocacion. ¿Con qué derecho la supondremos, en perjuicio de la libertad del padre, respecto á aquella finca, nominativamente señalada, y que el padre no ha entregado? Puesto que él distinguió en su accion, natural, necesario es que tambien distinga el derecho. En su mano estaba dejarse expedito ó cerrarse un camino, el de revocar su mejora: si él no se lo cerró sino en parte, ¿por qué hemos de querer cerrárselo en el todo, contra la índole fundamental de las mejoras mismas?

28. Segunda suposicion. El padre, igualmente por contrato entre vivos,—ahora no hablamos de otra cosa,—mejora á uno de sus hijos en lo que importe el tercio de sus bienes, previnien-

do que lleve en dicho tercio tal finca, y entregándole ésta en el acto. ¿Se ha de suponer, cuando no haya declaracion expresa ni en pro ni en contra, que la tradicion de esa finca es emblemática de la del tercio todo; y que no sólo no ha de poder revocarse la mejora por lo tocante á ella, á la finca, pero ni tampoco en la suma total, en el importe íntegro, á que, llegado el momento de la liquidacion, ascendiese?

29. En nuestro juicio esta duda se debe resolver afirmativamente. Su caso no es el de la dificultad anterior. Allí no entregó el padre, porque no quiso, una parte específica de aquello que había señalado como mejora; aquí entregó todo lo que en el momento podía natural y fácilmente entregarse, todo lo que estaba entónces conocido, fijo, determinado. Si no quiso por este hecho demostrar su voluntad de hacer íntegra y completa la entrega, no sabemos por cuál otro de tradicion emblemática habría podido demostrarlo más terminantemente. La cosa entregada se presenta aquí sin esfuerzos de ingenio, sin repulsa alguna del buen sentido, como representacion de la mejora toda. Traspasando en el acto lo que era posible traspasar, dió á entender cuál era su voluntad, cuál era su ánimo, cuál era su propósito. No dudemos del derecho, cuando los hechos se presentan con tales circunstancias.

30. Tercera suposicion. Ha hecho un padre, por contrato, la mejora del tercio á uno de sus hijos; y le ha entregado realmente, materialmente, tantos bienes, tantas fincas, cuantos componían la tercera parte de lo que entónces disfrutaba, porque este cálculo, porque esta division eran cosas fáciles. Pero su caudal se aumentó despues. En vez de consistir en un millon, á que ascendía cuando otorgó aquel contrato, ha llegado posteriormente á tres millones: la mejora, que se entregó como de un tercio de millon, es ya posteriormente de un millon entero. ¿Se entenderá, preguntamos, dicha mejora irrevocable, por la tradicion de los bienes que en un tercio de millon consistían; ó se estimará sólo que tiene esa irrevocabilidad lo entregado, y que puede revocarse en cuanto á los dos tercios de millon, sobrevenidos, aumentados al caudal posteriormente? La entrega del tercio presente, ¿significa ó no significa, de un modo representativo, la entrega del tercio futuro, del tercio final?

31. Á nosotros nos parece tambien que sí; que la significa, para el efecto de no poder revocarse la mejora. Considérense, si no, la naturaleza de ésta, y las palabras textuales de la ley. Recuérdese que la mejora no se debe, no se puede generalmente

estimar, sino por lo que existe al fallecimiento del padre mejorante: es una parte alicuota de la herencia, y no hay herencia sino cuando muere la persona testadora. Todas las disposiciones que se tomen en vida tienen que referirse á aquel momento, y regularse por lo que haya en aquel momento. Eso no lo puede desconocer el padre que mejora por contrato. Si pues por éste concede un derecho en esa alicuota cantidad, ya sabe de qué manera, sobre qué bases, en qué condiciones ha de haber que liquidarla. Lo que él hace de definitivo, definitivo es en la esencia, pero no es definitivo en la suma. Así como lo entregado puede encontrarse un exceso, y tener que disminuirse ó aplicarse como legítima, así puede encontrarse corto, y tener que aumentarse, para que el principio de su voluntad reciba ejecucion.

32. Mas la ley dice: «Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviese entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la ficiese.» Entónces será irrevocable. Pero ¿qué es lo que será irrevocable? ¿La posesion entregada? ¿la tradicion hecha? No: álgo más, otra cosa; la mejora pactada y otorgada. En aquella podría haber dudas: es posible el caso en que, disminuido grandemente el caudal, lo entregado excediese con mucho, no solo de la mejora, sino aun de la legítima del hijo. En tal hipótesis, tendría éste que devolver el exceso. Lo irrevocable cuando se dió todo lo que parecía constituir la mejora, es la mejora misma, en su esencia, sea el que fuese su importe. ¿Ascendía éste á más que aquellos bienes que se dieron? Se completará en lo que fuere necesario, habrá que dar lo que falte para hacerla íntegra y completa. Esto es, por lo ménos, lo que nos parece legal, lo que nos parece inconcuso.

33. Pasemos ahora al segundo caso de los que señala la ley; al de la tradicion no real, sino simbólica. Las palabras de que se vale no hacen otra cosa que aplicar los principios del derecho comun. La entrega de una escritura que es título de propiedad de ciertos bienes, ó la de aquella en que se ha tomado la obligacion de transmitir la posesion de ciertos bienes, equivale á la entrega, á la transmision de los bienes mismos. Y aun no solo la entrega material del documento: nuestra jurisprudencia tiene admitido que el propio efecto produce la insercion en él de la cláusula *de constituto*, con la facultad que se concede en estos casos al agraciado de entrar por sí propio al goce y disfrute de las cosas de que se trata.

34. Llegamos al tercer punto, á la tercera razon ó hipótesis, cuyas palabras textuales son las siguientes: «Ó el dicho contrato—(de mejora)—se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, etc.»

35. Lo primero que tenemos que notar aquí es que no se dice meramente «por causa onerosa», sino «por causa onerosa con otro tercero». No alcanza pues la ley, no comprende al caso en que el padre haya mejorado á un hijo por motivo oneroso sólo para éste. Supongamos que le hizo la mejora con tal que se casase, pero sin decir con quien, ó sin comprometerse para nada la futura; con tal de que tomase cierta carrera; con tal que fuera fiador de alguna persona. En todos estos casos ha habido causa onerosa de parte del hijo, pero del hijo únicamente; no ha habido *onus*, carga, gravámen, de un tercero: la ley no extiende su disposicion, su irrevocabilidad, á hipótesis semejantes. Mas se trató el matrimonio con una señorita determinada; y sirviendo de base, de fundamento, de capitulacion para él, se otorgó la mejora del tercio por un acto *inter vivos* celebrado por el padre: aquí, sin duda alguna, hay causa onerosa de persona extraña: hay gravámen de ésta, que tal vez no habría tomado sin aquel antecedente; aquí es terminante la doctrina, aquí es clara la voluntad de la ley. Mas al tomar el hijo la carrera de que hablábamos, hubo un pariente que se comprometió á costeársela, bajo la condicion de que el padre lo mejorase: aquí tenemos tambien la causa onerosa, trascendente á otro, decisiva, de que habla el texto. Mas al ser fiador de la persona que supusimos, esta persona abandonó una accion criminal ó mixta que tenía contra ese hijo propio, cuyo padre concurría á aquel arreglo por el hecho de mejorarle de que vamos tratando: aquí hay tambien, como en los supuestos precedentes, lo que exigieron los legisladores de Toro para que el compromiso, el pacto, la mejora, no se pudiese revocar. *Causa onerosa con persona extraña.* Son dos idéas presentadas copulativamente en una condicion. Cuando sólo concurren el padre y el hijo con sus particulares intereses, falta la segunda, que es tan esencial como la primera: cuando concurre algun extraño, pero á nada se obliga, pero ningun deber se impone, pero ningun gravámen toma sobre sí, falta la primera, que es tan esencial como la segunda.

36. ¿Por qué no habrá bastado—podrá preguntarse—con el primer pensamiento, con el de la causa onerosa, cuando ésta

pesa sobre el hijo, para que tambien sea irrevocable la mejora otorgada por actos entre vivos, en consideracion á ella? ¿No debería tenerse en cuenta lo que el expresado hijo conlleva y sufre, pues que al cabo se trata de su beneficio y utilidad? Si el padre le concede álgo por ello, ¿por qué, no faltando ello, ha de poder el padre revocarlo?—Hé aquí lo que tal vez habrá ocurrido á alguno de los que nos honran leyendo este Comentario, y aun sin leerlo quizá, sólo con la consideracion de las palabras de la ley. Pero la respuesta no es difícil: el motivo del precepto aparece visible y claro, apénas se fijan en él nuestros ojos y medita un poco nuestra razon.

37. ¿Á dónde no iríamos á parar con la facilidad de esa doctrina? ¿Cuánto no pulularían las causas onerosas, hasta en las relaciones más comunes de los hijos con sus padres? ¿Cuándo resultaría, en el hecho, un solo otorgamiento de mejora que fuese posible revocar?—Y ¿cómo se desatiende, por otra parte, que la condicion de los hijos no es igual á la de los extraños, y que lo que bien puede llamarse causa onerosa respecto á éstos no es en aquellos otros sino la marcha natural de su destino, cuando no sea el mero cumplimiento de los más vulgares y más ordinarios deberes?

38. Ni se olviden, por último, y eso concluye la cuestion, los demás casos que hemos visto en la ley, ántes de este tercero. Cuando el hijo hubiese hecho álgo que deba ganarle la irrevocabilidad de una mejora; cuando el padre lo creyere así, y tuviere voluntad de concedérsela de esta suerte, medios tiene sin duda para ponerlo en planta, sin necesidad de invocar lo oneroso del motivo. Entréguele la cosa ó la cantidad en que la mejora hubiere de consistir; entréguele la escritura en que se la concede; y nadie le podrá preguntar por qué razones lo hizo, ni pretender que lo hecho pueda variarse. Este caso tercero en que nos ocupamos no tiene aplicacion natural sino cuando hay extraños mezclados en el asunto: entre hijos y padres solos, bien basta con los otros dos para todas las aplicaciones del sistema de la ley.

III.

39. Queremos concluir la exposicion completa de este mismo sistema, ántes de proponernos alguna dificultad á que las palabras del texto pueden dar ocasion; y ántes tambien de examinar

las innovaciones ó por lo ménos excepciones, introducidas por otra ley más reciente. Por eso pasamos de corrido á su última parte, en la que declara cuándo—á pesar de la entrega de los bienes de la mejora, ó á pesar del contrato oneroso para un tercero en que ésta se concertó y concedió,—puede el padre volver sobre su voluntad y sus hechos, y darla por nula, y revocarla de un modo completo y hábil.

40. Hé aquí el primer caso en que esto es posible. Cuando al hacerse la entrega, cuando al otorgarse el contrato oneroso, cuando al realizarse aquello de que debía depender la irrevocabilidad, se acompañó todo con la reserva, con la prevencion explícita de que podría revocarse lo que se practicaba. Como se ve, esta prevencion constituyó un pacto en el contrato mismo, y modificó en ese sentido su naturaleza y sus resultados. Y nada tenemos que añadir en el particular á las palabras de la ley, claras y terminantes de suyo: lo único que se necesita consignar es que la reservacion ha de ser explícita y notoria, como que va á cambiar las condiciones naturales de una convencion, sujetándola á un derecho que no es ordinariamente su derecho. Puédelo hacer la voluntad del otorgante, del mejorante; mas es menester que conste, sin ningun género de duda, que tal fué en efecto su voluntad.

41. Pasemos á otro caso, indicado tambien en la ley, pero de un modo más vago, de pura referencia. La ley quiere y dice que estas mejoras, ó algunas de estas mejoras, declaradas por ella irrevocables, vuelvan sin embargo á su condicion primitiva de revocabilidad, cuando ocurriere cualquiera causa de las que, segun el derecho de estos reinos, producen igual revocabilidad en las donaciones perfectamente celebradas y realizadas.

42. Á consecuencia de estas palabras del texto pueden preguntarse dos cosas. Primera: ¿cuáles son esas causas, que, segun las leyes de Castilla, hacen revocables las donaciones? Segunda: ¿de qué mejoras aparentemente firmes se habla aquí, cuando se las torna á la condicion de revocabilidad;—de aquellas en que el padre ha entregado los bienes ó la escritura al hijo preferido, de aquellas en que le favoreció por una causa onerosa para tercero, ó de las unas y de las otras, igualmente de todas, sin distincion alguna?

43. Las causas que hacen revocables entre nosotros las donaciones están expresadas en la ley 1.ª, tít. 12.º, lib. III del Fuero Real, y en la ley 10.ª, tít. 4.º, Partida V. Sería por una parte demasiado largo, y por otra inútil el copiar aquí las ex-

presadas leyes. Bástenos decir que todos los motivos consignados en ellas son hechos de ingratitud notable, cuando no escandalosa; y bástenos observar tambien que si por tales hechos pueden justamente deshacerse donaciones entre personas extrañas, más natural y más justo es que se deshagan ó revoquen mejoras otorgadas á hijos ó descendientes. Cuanto mayor es la proximidad, y mayores las obligaciones de estos con sus padres, tánto más fea y más vituperable debe ser la ingratitud, y tánto más rigorosas deben ser con ella las costumbres y las leyes.

44. La segunda pregunta que hemos formulado se contesta tambien fácilmente con sólo atender á los principios de la razon. La ingratitud de los hijos á quienes se han hecho mejoras, tan poderosa contra ellos, no puede sin embargo extender su accion hasta desnaturalizar lo que debió su orígen á motivos onerosos de otras personas. Esa ingratitud de los hijos no variará los actos de un extraño, compensados con el beneficio á que aludimos en este instante. Ese beneficio, compensacion dada por el padre á la expresada causa, no puede desvanecerse por álgo que no tiene relacion con la causa misma.

45. Infiérese de aquí que la ingratitud del hijo, que esos motivos de que hablan la ley del Fuero y la ley de Partida como bastantes para hacer revocar las donaciones, si lo son igualmente para dejar sin efecto mejoras cuyos bienes se entregaron por el padre, y que por ello no se podían alterar en la generalidad de los casos, no lo son para producir una consecuencia idéntica en aquellas otras concedidas por causa onerosa de tercero. Si el mejorante aposesionó á su hijo mejorado en una finca, si le entregó la escritura, porque así era su voluntad, y el hijo le injurió de obra despues, autorizado está aquel para desposeerle de todo, como lo podría estar para desheredarlo; pero si se las dió, si le otorgó la mejora por razon de casamiento, y en capitulacion con la familia de la desposada, aun concediendo la exheredacion, no habrá todavía posibilidad de revocar la mejora hecha. Opónese á ello una causa tan respetable que no basta á destruirla accion alguna que no sea del co-obligado, del concurrente al contrato, donde tomó orígen la estabilidad del beneficio.

46. En cambio de esta doctrina que tanto liga á los padres, debemos sentar tambien otra, que, á su vez, los desliga y favorece. Puede suceder que esa persona con quien se celebra el contrato oneroso falte por cualquier razon á su compromiso, y se exima de la obligacion que había tomado. Claro, evidente

será entonces que tambien el padre que mejoró queda exento de la que echara sobre sí, y que puede libremente mantenerla ó revocarla. Quien mejoraba á su hijo por capitulacion de casamiento con una determinada señora, bien es árbitro de no seguir en tal propósito, y de anular lo que concedió, si aquel casamiento no se ha llevado á cabo. Aun casándose el hijo con otra, aun haciéndolo en igual tiempo y con parecidas circunstancias, la obligacion contraida se extinguió, y sus efectos terminaron con ella. Ya hemos dicho varias veces que la causa onerosa ha de ser de un extraño, de un tercero, con quien se contrata, y no del propio hijo mejorado.

47. Otras dos razones ha enunciado y sostenido algun autor, como suficientes para tornar en revocables las mejoras que se constituyen con el carácter de firmes segun esta ley. Es la primera el nacimiento al padre mejorante de nuevos hijos: es la segunda, una considerable disminucion en sus bienes.—Parécenos un deber nuestro el decir algunas palabras acerca de lo uno y de lo otro.

48. Verdaderamente, no sabemos por qué la disminucion de los bienes pueda tener por justo resultado el revocar una mejora firme y estable. Si los bienes son ménos, la mejora se disminuirá en proporcion; como se aumentará, si los bienes hubiesen crecido. La mejora es una parte alicuota, ó se contiene dentro de una parte alicuota, que naturalmente sube ó baja, segun se aumentan ó disminuyen los haberes del que la deja. Pero asi como no varía en su esencia porque crezcan esos haberes, tampoco debe variar porque vengan á ser ménos. Entre ese aumento ó aminoracion y la existencia de la mejora no hay ninguna relacion necesaria; y no la hay, precisamente, porque es propio de todos los caudales el no ser siempre los mismos, el no permanecer estacionarios. Si al mejorar hubiera querido el padre entender otra cosa, habría hecho una reserva, segun hemos visto que está en sus facultades, y conservado así perpétuamente el poder de revocar ó modificar sus actos. Pues que no la hizo, sus actos no pueden desnaturalizarse por unas alteraciones, ó crecientes ó decrecientes, que son propias de todos los bienes de fortuna.

49. Más recomendable se presenta, á primera vista, para la pretension que examinamos, el caso de la superveniencia de un nuevo hijo. Puede tal vez creerse que el padre en cuestion había sido llevado á conceder la mejora, persuadido de dejar á cada uno de los otros hijos tal determinada suma; y que nacién-

dole despues uno ó más, quedaban destruidas sus hipótesis, y caían por tierra los fundamentos de su resolucion. El hecho es posible; no lo negamos por nuestra parte. Y añadiremos aún, para no ocultar ningun apoyo de tal creencia, que la ley 8.ª, tít. 4.º de la Partida V revoca de hecho ó consiente que se revoquen algunas donaciones, por una causa hasta cierto punto análoga á la que venimos examinando. Segun ella, el que dona, no teniendo hijos, sea el todo, sea una gran parte de sus bienes, si despues llega á tenerlos, ve anulado por la misma ley aquel acto de su voluntad. Ese nacimiento de seres tan ligados con él, tan necesitados de él, rompe sus antiguos arreglos, y deja ineficaz lo que la ley le permitiera hacer en la situacion en que ántes se encontraba.

50. Á pesar de todo ello, meditado bien el asunto, la doctrina en que nos ocupamos nos parece voluntaria é insostenible. Y esto, no sólo cuando hubiese habido para la mejora una causa onerosa de las que explicábamos ántes, y cuyo poder es tan notorio á los ojos de la razon y de la ley; mas aun en el caso en que es comparativamente fácil la revocacion, cuando sólo ha mediado el pacto del padre y del hijo, sancionado con la entrega real ó simbólica de los bienes. Si es verdad que el padre pudo á la sazon persuadirse de que no tendría más hijos que los que contaba de hecho, tambien lo es que la legítima de ellos todos quedó siempre á salvo, y que nunca dispuso por la mejora de lo que no habría sido materia de sus facultades, dado el caso de una más lata descendencia. La mejora no pudo consistir sino en el tercio de sus bienes; y ese tercio lo podía siempre distribuir entre sus hijos ó nietos, cualquiera que de ellos fuese el número. Si en la eventualidad de que le naciesen otros quería reservarse el poder de revocacion, ¿por qué no se lo reservó, en efecto, pues que la ley le dejaba el arbitrio de que lo hiciera?

51. Por otra parte, esa de Partida que hemos citado, y que se refiere á la supernascencia de un hijo, no tiene, si bien se medita, ninguna aplicacion al punto de este debate. Su hipótesis es aquella en que un hombre dona todos ó la mayor parte de sus bienes, porque no tiene hijos ni esperanzas de tenerlos; y su idéa consiste, y su precepto se encamina, á que á ese hijo ó á esos hijos que despues le nacen, les quede salva la legítima que el derecho les señala en los bienes paternos. Mas aquí suceden cosas muy diversas. No se trata de quien no tiene descendientes ni esperanza de ellos, sino por el contrario, de quien

los tiene en mayor ó menor número, pero al ménos dos, pues en otro caso no podria haber mejora. No se trata de quien da á un extraño todo su caudal, sino de quien beneficia, como está autorizado á hacerlo, entre esos descendientes propios. No, en fin, de quien dejaría á esos descendientes sin legítima, sino de quien la ha respetado y la tiene puesta á salvo por el mismo hecho que discutimos si se podrá revocar. Véase, pues, por qué entendemos resueltamente que no: ni la ley lo dispone, ni ninguna razon doctrinal lo persuade, á nuestro juicio, en la buena esfera del derecho.

IV.

52. Llegados á este punto, conocida en su totalidad la ley, vamos á volver en cierto modo atrás, para hacernos cargo y responder, si nos es posible, á una cuestion que puede derivarse de ella, ó nacer con motivo de ella.

53. Deben haber observado desde luego nuestros lectores que el texto de la ley en que nos ocupamos únicamente habla de las mejoras del *tercio*, que los padres pueden señalar á sus hijos ó descendientes. Ni una palabra dice en lo tocante á los *quintos*, de que tambien están autorizados para disponer, así en provecho de ellos como de cualesquiera extraños. Natural es, pues, ó posible cuando ménos, que ocurra la duda de si el derecho que aquí se fija comprende á lo uno y á lo otro, ó si es puramente especial, taxativamente destinado y aplicable á lo que en términos precisos declara. Cuando es costumbre en el foro hablar siempre de *mejoras de tercio y quinto*, cuando aun varias de las leyes que siguen consagran semejante expresion, justo es que investiguemos si es uno propio ó si son diferentes los derechos por donde se regulan las expresadas mejoras. No somos nosotros los primeros que hemos visto esa dificultad, ni los primeros tampoco que hemos querido resolverla.

54. Comenzaremos para ello por examinar bien lo que se ha llamado, hasta en las leyes, mejora del quinto ó del remanente del quinto: veremos cuál es su propio, su verdadero carácter; y aun nos permitiremos decir algunas palabras acerca de su nombre.

55. Hemos dicho al principio de este Comentario que los testadores que tienen hijos no pueden disponer con toda liber-

tad sino de una pequeña parte de sus bienes. Los cuatro quintos son legítima total de aquellos: sólo en el quinto restante existe el omnímodo poder de dejarlo y distribuirlo como pluguiere á su dueño y poseedor. Los gastos del funeral, deuda, como se dice, necesaria, que por vivir contraemos todos; los sufragios y mandas piadosas, que una cristiana costumbre ha introducido y mantiene en nuestro pueblo; los legados de cualquier especie; todo cuanto no es la legítima de los descendientes ó la mejora del tercio que se circunscribe á estos mismos, todo ha de salir de esa quinta parte, en la que el derecho de testar es ilimitado, es completo, es absoluto.

56. Claro está, aun sin necesidad de que lo dijesen las leyes, que de ese quinto, ó de ese remanente del quinto, cuya disposicion es libérrima, tambien puede dejar el padre á sus hijos, ó á cualquiera de sus hijos, lo que fuere su voluntad: si cabe destinarlo á un extraño, repartirlo en mandas ó heredar en él á un extraño, no ha de ser prohibido destinarlo á quien se halla tan próximo. Lo único que nos diría la razon es que al dejarlo al hijo, cuando podía no dejársele, cuando se le dejaba por el mismo derecho que á cualquiera otra persona, no debería tener el testador otras reglas, no debería gozar de más amplitud, no debería estar sujeto á otras restricciones, que si lo dejase á cualquiera otra persona extraña. La facultad de disponer es plena y completa en esta parte; y este principio, que es el que determina el título justo en favor del individuo más remoto, debería ser el que igualmente lo determinase en favor del individuo más allegado.

57. Cuando el padre no manda el quinto á persona alguna, sino que lo deja incluso en la totalidad, en la suma de sus bienes, los hijos,—evidente es,—no suceden en el remanente de él propio por título de legado ni de mejora; suceden por título de herencia. Es que entónces no hay tal remanente del quinto: es que entónces no hay sino una masa comun, un acervo universal, porque el padre no ha querido valerse de la facultad de testar que le concedían las leyes en aquella parte.

58. Cuando se agracia con el quinto ó con álgo que corresponde al quinto á una persona extraña, ó que, aun sin ser extraña, no es tampoco descendiente de la que testa, puede hacerse ó por mandas específicas, ó por mandas de cantidad, ó por un acto que es verdadera institucion de herencia en aquella su parte alicuota. De las dos primeras hipótesis no tenemos ahora que ocuparnos: las leyes que forman el presente grupo

en la Coleccion de Toro no es de los legados comunes de lo que se propusieron hablar, no fué los legados lo que se propusieron definir. En cuanto á la última, estas propias leyes le han llamado mejora, como veremos en una de las siguientes (1); pero no hay que confundirla (aunque prescindiésemos de la impropiedad de la palabra) con las mejoras verdaderas, con las mejoras hechas á los hijos, á los nietos, á los descendientes propios, á aquellos de quienes son las legítimas, de quienes se habla en esta ley que estamos comentando.

59. Cuando el quinto se deja á un descendiente, la tecnologia jurídica le habia desde luego atribuido el nombre de mejora, asimilándola á la del tercio. Las leyes, lo hemos dicho ya, aceptaron y emplearon esta denominacion. Pueden verse todas las que siguen, desde la décima nona en adelante. Y no solamente la aceptaron cuando el quinto quedó reunido al tercio, sino aun en los casos en que no lo quedase, pues que emplearon disyuntivamente tales palabras. Regístrese la ley vigésima primera, y hallaremos estas expresiones: «el hijo ú otro cualquier descendiente legítimo, mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre.» Mejora llamaron, pues, á la manda del quinto, aun cuando fuese sola: mejora, aun haciéndose en provecho de un extraño; mejora con mucha más razon cuando se dejaba á un descendiente. Tan fueron allá en este punto, que la llamaron así hasta en el caso de ser específica, de confundirse en la esencia con un verdadero legado.

60. ¿Tenian las leyes razon en aceptar, en emplear esa nomenclatura? No queremos profundizarlo mucho, y quizá nosotros no lo habríamos aconsejado ni hecho. Pero en rigor no puede desconocerse que si *mejora* significa gramaticalmente beneficio, distincion favorable, ventaja, entre varios que á una clase corresponden, indudable es que el hijo ó nieto á quien se manda el quinto, aventajado, distinguido, beneficiado, mejorado está entre y sobre sus hermanos, que no habian recibido lo que él, que sólo tomaban sus simples, sus desnudas legítimas.

61. Mas sea lo que fuese de la razon, valiera ó no valiera más haber conservado por único derecho del quinto el derecho de las mandas, y de las instituciones de herencia, es lo cierto que las leyes de Toro le llamaron mejora cuando se beneficiaba con él á un descendiente, y que por lo comun escribieron ésta

(1) Ley vigésima

al lado de la del tercio en casi todas sus disposiciones. Y de aquí la razon, la legitimidad de esa duda que hemos apuntado y á que nos contraemos al presente. La ley que nos ocupa habla sólo de las mejoras del tercio, de cuándo son éstas revocables ó irrevocables. Lo que de tales mejoras dice respecto á los descendientes, ¿ha de entenderse tambien dicho para las del quinto? ¿Es el propio derecho comun á ambas clases, ó lo tenemos diferente para las unas y para las otras? ¿Será revocable el quinto, como lo es el tercio, en principio y regla general, salvo si se ha hecho su entrega real ó simbólica, y salvo tambien si se hubiese otorgado por causa onerosa para una persona extraña?

62. En nuestro juicio no puede haber seria dificultad, y la cuestion debe resolverse afirmativamente, salva cierta reserva que hacen indispensable las doctrinas fundamentales de este punto.

63. Muévenos á ello, primero, la identidad de razon, que nos parece perfecta, terminante. Los propios motivos que justifican la disposicion legal para una mejora, la del tercio, existen y se aplican en su análoga, la del quinto. No cabe concebir diferencias entre ellas; no cabe concebir en su derecho diversidad. Si allí era justo, conveniente, necesario, aquí ha de ser justo, conveniente, necesario, del propio modo. Dada la posicion del padre entre los hijos y sus mutuas relaciones, dado que ésta se estime mejora como aquella, no concebimos que pueda haber para la una una ley, que no sea tambien la ley de la otra, en este punto de su revocabilidad ó irrevocabilidad.

64. Pero tenemos todavía otro fundamento más concluyente, que es el texto de la ley vigésima segunda. Segun ésta, las promesas de mejorar ó no mejorar en el tercio y en el quinto son de igual índole, tienen el mismo derecho, se regulan por unos principios propios. «Si el padre ó la madre..... prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto.» «Si prometió el padre ó la madre..... de mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes en el tercio é quinto, por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna; que en tal caso sean obligados á lo cumplir é hacer.» Son palabras textuales.

65. Por donde se ve que el derecho sobre las promesas de mejorar ó de no mejorar, es igual, es uno propio, para los tercios y para los quintos. Ahora bien: ¿es posible que siéndolo

para las promesas, no lo sea para las mejoras realizadas? ¿Es posible que el que promete hacer una mejora de quinto, por tales causas, esté obligado á hacerla, y que el que la hizo no esté obligado á respetar su obra? Francamente lo decimos, esa desigualdad es imposible.

66. La única salvedad que tenemos que consignar en este punto, la reserva que ya anunciamos ántes (62), consiste en lo propio que tenemos dicho sobre las cargas necesarias á que el quinto está sujeto. Del quinto se ha de satisfacer el funeral del testador; del quinto se han de sacar los sufragios que en beneficio de su alma hubiese dispuesto. Por eso la mejora ó el legado del quinto se llaman con más propiedad del remanente del quinto, aun no habiendo otras mandas que deducir de él. Pues bien: aquéllas, necesarias, piadosas, presumidas, como lo son siempre, tendrá en todo caso el testador derecho para ordenarlas y disponerlas. Si no las ha formulado ántes, podrá formularlas despues: aun siendo irrevocable la mejora del quinto, se modificará en lo preciso por ellas, porque ellas eran más indispensables, más irrevocables aún.

67. Contra las explicaciones y resoluciones que hemos dado sólo se nos puede objetar una cosa, á saber: ¿por qué no dijo la ley lo que decimos nosotros, si tal era su intencion; por qué no habló de las mejoras de tercio y quinto, como lo hicieron otras leyes, si quería en efecto establecer un propio derecho para las unas y las otras?—Confesamos de buena fé que el argumento sería apremiante y la dificultad insoluble, si se tratase de unas leyes bien redactadas, del Código de las Partidas, por ejemplo, ó de otro código que se dictase en el dia. Pero las leyes de Toro no tienen por desgracia ese mérito, y no pueden aspirar á tal presuncion. En la impropiedad con que por lo comun están escritas, sería un yerro bien notorio el dar tanta importancia á omisiones que son de cada momento. Los defectos de estilo, los defectos de expresion, las palabras anfibológicas, las culpas contra la gramática son de todos los instantes. Por eso es necesario estudiarlas y comentarlas de buena fé, como nosotros lo hacemos. Por eso es indispensable buscar á veces en unas la verdadera inteligencia de las otras. Por eso es forzoso no abandonar nunca los principios, así los generales de todo derecho, como los que de su propio contexto se deducen, para no perderse en el laberinto de una inextricable investigacion. No debe ser muy aventurada, por lo demás, la que hemos hecho, no muy erronea la explicacion que á virtud de ella hemos dado, si se considera

que ésta se halla en el fondo conforme con la de los más célebres expositores de la ley misma.

V.

68. Hemos comentado hasta aquí esta ley, como pudiéramos haberlo hecho al siguiente dia de su publicacion. La hemos comentado por ella misma, por las otras que la siguen, por el que podía y debía ser entónces espíritu de nuestro derecho. No hemos mirado aún á nada que la haya sido posterior. Y sin embargo, hay alguna cosa á que mirar. Existe una ley promulgada la primera vez un tercio de siglo más tarde, y que se ha insertado en las Recopilaciones, la cual modifica y en cierto punto revoca ó más bien anula sus preceptos.

69. Hablamos de la 6.ª, tít. 3.°, lib. X de la Novísima, que fué en su orígen la Pragmática de Madrid de 1534, dictada por D. Cárlos I, á consecuencia de una peticion de las Córtes, y que se repitió despues en otras Cortes y en el mismo lugar por D. Felipe II, en el año de 1573.

70. Queríase poner tasa á la excesiva concesion de dotes; parecía grave y malo que, dejándose llevar los padres ó de afectos imprudentes ó de vanidades ridículas, se sobrecargasen á sí mismos y comprometieran el órden y porvenir de sus familias, con entregas ó con promesas desatinadas, en favor de las hijas que iban á casar. Y dominados por aquel pensamiento, fijaron su vista los legisladores en las disposiciones de estas leyes de Toro, de las cuales la presente hacía irrevocables las mejoras otorgadas en vida por razon de un matrimonio determinado, y la vigésima segunda que veremos despues daba completa fuerza á la promesa de igual beneficio, ofrecida de cierto modo. En esas facilidades creyeron ver un principio fecundísimo del mal que deploraban; y contra esas facilidades dictaron su resolucion, de la que nos es preciso consignar los textuales términos.

71. «Y mandamos—(continúa la ley, despues de haber establecido proporciones entre los bienes de los padres y las sumas dotales que podrían dar á sus hijas)—mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.»—Hasta aquí lo que nos interesa, lo que dice relacion á nuestro asunto.

72. Como se ve, pues, la ley de D. Cárlos ha destruido, por lo respectivo á las hijas, el supuesto en que descansaba la presente de Toro. Esta partía de que era siempre posible hacer las mejoras por acto *inter vivos*, por verdaderos contratos; y sobre esa base, y dada esa hipótesis, establecía derecho acerca de su revocabilidad ó irrevocabilidad. La que acaba en parte de copiarse, anula y extingue para las expresadas hijas el tal fundamento. Ni por dote ni por ninguna manera de contrato pueden éstas ser mejoradas. No es sólo lo que aquí se previene que semejante mejora sea revocable; sino que se ordena el que sea nula. Tal mejora no se puede hacer. Si se otorga de hecho, no vale, no se lleva á cabo. Ni como donacion gratuita, ni como dote, ni de ninguna suerte, es practicable, es eficaz. Con razon ó sin razon, lo ha querido, lo ha mandado la ley.

73. Por de contado que ni esto quiere decir que dejen de dar dotes los padres á las hijas que se casan, ni tampoco que dejen de tener facultad de mejorarlas de otro modo que por tales contratos. Las dotes han seguido dándose y se dan; sólo que se entregan á cuenta de legítimas, siquiera sea con las ventajas que veremos en otras leyes: las mejoras se han seguido haciendo, y pueden hacerse á las hijas, pero únicamente en testamento y por razon de testamento. No fué ni la obligacion de dotar ni la facultad de mejorar lo que se suprimió por esta ley de 1534: á la primera, se la puso reglas, se le señalaron límites; á la segunda, se la reservó, por lo tocante á las hijas, á los meros testamentos de los padres, aboliendo la práctica de que se ejecutasen por contrato.

74. De donde se infiere que la décima séptima de Toro, cuya explicacion hemos dado, cuyo Comentario legítimo creemos haber hecho, sólo ha tenido lugar desde la otra, y sólo le tiene en el dia en las mejoras de los hijos varones. Ni una palabra tenemos que tocar de cuanto va dicho, respecto á estos: cuando de hijas se trate, téngase presente la prohibicion de la ley recopilada, de la ley de D. Cárlos, y acátese como es forzoso lo que es derogatorio y restrictivo de lo que ántes fuera derecho general ó comun.

VI.

75. Siendo ésta la primera ocasion en que hemos hablado de *quintos* y de *tercios*, no queremos terminar este Comentario sin advertir que en la liquidacion de las herencias, aquellos, los *quin-*

tos, se sacan primero que estos otros, los *tercios*; y que aquellos se calculan por la herencia toda, miéntras que para estos sólo sirve de base lo que ha quedado despues de dicha primera deduccion. Así está dispuesto terminantemente por la ley 214 del Estilo, y es la práctica constante de Castilla. Un ejemplo facilitará aún más la comprension del asunto. Los bienes quedados se evalúan y ascienden á 30: éste es el total del primer acervo, de aquel que ha de servir de fundamento para todo. Por él se calcula el quinto, el cual asciende á 6. Aquí tenemos la cantidad de que el testador podía disponer libremente, y de la que han de sacarse el funeral, los sufragios por su alma y los legados: el remanente de la misma—ya lo hemos dicho—puede ser tambien mejora. En seguida, deducidos esos 6 de la masa total, de los 30, quedan evidentemente 24; y de esos 24, y no de los 30 primitivos, es de lo que hay que sacar el tercio. Así, éste, en el caso que figuramos, solo consistirá en 8, y no en 10, como habría podido estimarse á primera vista.

76. ¿Es esto á todas luces justo? ¿Es verdaderamente el *tercio* de la herencia esa suma, que no es su tercio? ¡Hé aquí una cuestion completamente ociosa en el dia de hoy. Bien ó mal expresado, eso es lo que se ha entendido y lo que se ha practicado siempre en Castilla, eso es lo que han querido nuestros legisladores, ese es el indisputable derecho de nuestra sociedad.

LEY DÉCIMA OCTAVA.

(L. 2.ª, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec.)

El padre ó la madre, ó cualquiera de ellos, pueden, si quieren, hacer el tercio de mejoría que podían hacer á sus hijos ó nietos, conforme á la ley del Fuero, á cualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que (1) sus fijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno.

COMENTARIO.

I.

1. Hemos dicho en nuestro Comentario anterior que la legítima de los hijos ó descendientes consiste en los cuatro quintos de los bienes paternos; y hemos citado, á tal propósito, las leyes del Fuero-Juzgo y del Fuero Real, donde se escribió esta teoría, que han canonizado y hecho incontrastable las costumbres de doce siglos. Hemos dicho tambien que esa propia doctrina encontraba una modificacion por decirlo así interior, y respectiva á los descendientes solos, entre los cuales podían distribuir libremente los padres testadores el tercio de su caudal; y que esta modificacion se había declarado tambien en las mis-

(1) *Puesto que* se dice en el dia *aunque*.

mas leyes que formularan aquel principio. Entónces, al explicar la ley décima séptima, nos bastaba con hacer esta referencia: ahora, para comprender la décima octava, juzgamos oportuno transcribir aquí las palabras textuales de la última y más capital de las dos disposiciones que citamos.

2. Es esta, en nuestro concepto, la ley 10.ª, tít. 5.º, lib. III del Fuero Real, cuyas expresiones literales son las siguientes: «Ningun home que huviere fijos ó nietos, ó dende ayuso, que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar á su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar á alguno de los fijos ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que pueda dar por su alma ó en otra parte do quisiere, é no á ellos.»

3. Por más que esta ley debiese parecer clara á cuantos la leyeran de buena fé; por más que el sentido comun debiese ver en ella explícito é incuestionable el derecho de mejorar en el tercio á cualquier nieto como á cualquier hijo de la persona que disponía de sus bienes, es lo cierto que la sutileza de algunos jurisconsultos había encontrado en sus términos suficiente razon para señalar casos y hacer distinciones.—«Esa facultad de mejorar, decían, recae sólo en los hijos ó en los nietos *que han de heredar*, esto es, que tienen derecho á la herencia: así lo expresa terminantemente la ley citada. Luego no puede ser su sentido que exista esa facultad propia en favor de los nietos que tienen padre; porque estos tales nietos *no han de heredar*, no tienen derecho á la herencia del abuelo en cuestion. Así, proseguían, la mejora del tercio es siempre posible entre los hijos del que quiere dejarla; mas para que lo sea entre sus nietos, para que pueda recaer válidamente en uno de ellos, es necesario que sean herederos tambien, que su padre, hijo del mejorante, haya ya fallecido. Cuando existen las tres generaciones, el padre, el hijo y el nieto, el beneficio dispensado por aquel no puede alcanzar á este último.»

4. Consecuencia de esa pretension, de ese argumento, era una duda práctica que existía en Castilla á fines del décimo quinto siglo. La teoría vacilaba: podían dividirse los sentimientos en la escuela: faltaba una decision, un criterio constante. Aunque procediese tódo de lo que nos parece una sutileza, como ántes hemos dicho, sabido es que en sutilezas se han fundado muchas decisiones de derecho; y que sutil era el espíritu del romanismo, tan omnipotente á la sazon en nuestro foro y en nuestras universidades.

5. La presente ley de Toro tuvo por objeto el poner término, y lo puso, á la expresada problemática situacion. La inteligencia más ámplia, más libre, más de buena fé, que hemos señalado ántes; la que reconocía como posible la mejora del tercio en favor de cualquier descendiente, hubiese ó no hubiese éste de heredar al mejorante, hubiese ó no hubiese intermedia entre ellos otra persona; esa fué la inteligencia que se reconoció como verdadera, la que se canonizó por una declaracion terminante y explícita. El padre ó abuelo que testaba, ó que disponía por contrato del tercio para despues de su muerte, pudo mejorar en él sin embarazo alguno, no sólo á cualquiera de sus nietos, cuyo padre no viviese ya, sino tambien á todo otro cuyo padre permaneciese vivo, y no hubiese por lo tanto (el nieto) de heredar al abuelo propio. La mejora y la herencia comun quedaron de todo punto separadas: aquella no hubo de ser por necesidad un acrecentamiento de la legítima: los cuatro quintos del caudal íntegro, haber debido fueron á todos los descendientes, y no á los herederos solos. «Puesto que (aunque) sus fijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos,»—escribió la ley. El derecho, pues, quedó de todo punto claro; no siendo ya lícito á nadie entender lo contrario de lo que aquella declaraba en su texto (1).

II.

6. Pero si á presencia de tales palabras se desvanecía esa antigua dificultad, otras nacieron, otras se formularon, ó por causa ó con motivo de sus declaraciones. Expuestas y debatidas por los tratadistas que han examinado estas leyes, obligacion nuestra es el referirlas, y el resolverlas en cuanto nos per-

(1) El espíritu de sutileza no concluye nunca, ni se da nunca por vencido. Recordamos haber leido en alguna parte que cuando el abuelo manda á un nieto, no heredero, el tercio para que le autoriza esta ley, *no le mejora en el dicho tercio*, sino que *le da el tercio de mejoría.*—Confesamos nuestra incapacidad; pero no alcanzamos la diferencia verdadera, ni teórica ni práctica, entre una y otra cosa. Aparte de esto, los que hicieron el gran descubrimiento á que aludimos, ¿habían leido las leyes décima nona y vigésima? ¿Habían visto que se *da el tercio de mejoría* tambien á hijos, es decir, á herederos forzosos? ¿Habían visto por consiguiente que esta expresion equivale á la de *mejorar?*

mita nuestro juicio. Quizá alguna de las mismas no nos habría ocurrido á nosotros; pero cuando se han presentado á escritores de talento, nada puede eximirnos de consagrar á ellas algunos, aunque sean breves instantes.

7. Primera dificultad. El testador que no tiene más que un hijo, ó que hallándose sin hijos no tiene más que un nieto, ¿puede mejorarlo?

8. Hé aquí la duda á que nos referíamos poco hace, diciendo que jamás nos habría ocurrido á nosotros. Habríamos concebido otra, pero no ésta. No entra en nuestra naturaleza el imaginar tánto, ya que no nos sublevemos contra lo que nos parece tal abuso de palabras. Mejorar—lo hemos dicho—es beneficiar, es favorecer, es distinguir: ¿cómo se concibe ni cómo se hace esto, cuando existe una sola persona, en quien ha de recaer la legítima total de los descendientes? Mejorarlo..... ¿entre quiénes? ¿sobre quiénes? ¿comparativamente á quiénes? Pues ¿no es él el único á quien se han de dejar los cuatro quintos? Pues ¿no es él quien ha de recibirlo todo?

9. Francamente lo declaramos. Para nosotros las cuestiones de derecho son problemas de recto sentido, y no esfuerzos de gimnástica intelectual. Y especialmente nuestro derecho español es un terreno de buena fé, que, repugnando lo estrictamente formulario, todavía excluye más lo vacío y lo inconcebible.

10. Lo que ha dado motivo á esta sutileza ya lo examinaremos, ya lo apreciaremos, ya diremos si es ó no posible, en el Comentario á la ley vigésima séptima de Toro. Condenemos y descartemos entretanto la sutileza misma; y pasemos á otro punto que nos ofrezca más serias razones, ó fundamentos de mayor realidad.

11. Segunda duda. El testador que tiene sólo un hijo y varios nietos, hijos todos de su hijo, ¿puede mejorar á alguno de estos nietos; es decir, puede dejarle el tercio, de la misma suerte que podría hacerlo si los hijos fuesen varios?

12. No vemos nosotros, á la verdad, ninguna razon que lo embarace. Las palabras de la ley no lo excluyen: los motivos de la ley lo autorizan de todo punto. Desde que se puede mejorar en el tercio, dejar el tercio á un nieto, habiendo varios hijos existentes y entre ellos su padre, es claro que el tercio no es legítima de los hijos ó herederos solos, y que se cumple con el derecho dejándolo á un descendiente cualquiera. Dentro del círculo de esos descendientes, el testador, el mejorante, tienen

toda la amplitud que se puede desear. ¿Qué causa, pues, ha de impedirle en su deséo de favorecer á tal nieto, preferentemente á su padre y á los demás que existan? ¿Á quién injuria, á quién causa lesion con ese acto? No al padre, no á los hermanos, á nadie en fin; pues que nadie tenía perfecto derecho á la cantidad ó á la cosa en que consiste la mejora. En el hecho, la preferencia es posible: existen varios, y puede haberla. En el terreno legal, á nadie se hiere de un modo indebido. La ley se cumple, pues, en su espíritu y en sus palabras. Los que han creido otra cosa, parécenos que se dejaban influir por reminiscencias de aquella antigua opinion que ántes hemos señalado como deducida del Fuero Real, y que condenó el texto que estamos exponiendo. Nuestro actual derecho, el derecho formulado en éste último, consiste en que el testador pueda agraciar con la mejora del tercio, con el tercio de mejoría, á cualquiera de sus descendientes, próximos ó remotos, que hayan ó que no hayan de ser herederos de él mismo. ¿Dejará de ser tal descendiente uno de sus varios nietos, porque no tenga él más que un hijo, porque todos esos nietos provengan de un padre solo?

13. Propongamos la duda de otra suerte, ó por mejor decir, otra duda, en ese mismo caso. El testador tiene, como hemos dicho, un hijo y varios nietos; y nuestra conviccion es que está facultado para mejorar á cualquiera de estos descendientes de un grado más remoto ó inferior. ¿Diremos lo propio respectivamente al hijo? ¿Podrá tambien mejorar á éste? Y si lo mejora de hecho, ¿qué efectos producirá una declaracion semejante?

14. Basta con reflexionar un poco sobre la hipótesis, para convencerse de que tal acto no produciría ningunos. Si el hijo existente ha sido el único ó ha quedado el único; si los nietos todos descienden de él; suyos son sin duda, necesariamente, los cuatro quintos de la herencia, sin otra excepcion que la del tercio, cuando éste se dé á un nieto del mejorante, á un hijo del hijo propio. Es lo que acabamos de decir. Pero dándosele á él, al hijo, ese tercio, ¿qué es lo que se le da? ¿Se le añade álgo que no le correspondiese por legítima? ¿Significará alguna cosa real esa mejora? ¿Tendrá por ella álgo que sin ella no hubiese tenido? ¿Causará la cláusula en que se conceda, la menor variacion en el destino de los bienes, en la posicion ó riqueza de las personas, en el poder y autoridad de éstas respectivamente á aquellos?

15. Es evidente que no. En todos los casos de la tal hipótesis, sea que se mejorase, sea que no se mejorase al hijo, con tal

que no se mejore, que no se beneficie á un nieto, el hijo llevará completos, y poseerá íntegros, los cuatro quintos de los bienes del testador. Luego la mejora es aquí inadmisible, como lo es siempre en derecho lo que no produce nada, lo que no conduce á nada. Viniendo los expresados bienes al hijo por título de legítima, no deben venirle—pues que no hay necesidad de que le vengan—por título de beneficio ó privilegio.

16. Tercer caso, y cuarta y quinta dificultades. El padre que testa tiene sólo un hijo, y un nieto, hijo de este hijo. No son varios, como ántes supusimos; es uno sólo. ¿Cabe tambien aquí la disposicion, la mejora en favor del nieto? ¿Es tambien aquí inconcebible la mejora en favor del hijo?

17. Cabe efectivamente, en nuestro juicio, la primera; y es, del mismo modo, inconcebible la segunda. El nieto puede ser beneficiado, mejorado; pues que el hecho de su mejora da consecuencias, y ni la letra ni el espíritu de la ley oponen ningun impedimento. Lo que sucede cuando los nietos son varios, proviniendo de un hijo solo, eso sucederá asimismo cuando no haya más que el nieto de esta hipótesis. Él y su padre son dos personas: entre ellas cabe preferencia para conceder un beneficio: adjudicándoselo á él, al nieto, ese beneficio ó mejora se aparta de la legítima, y tiene una existencia real.—Mas, por el contrario, el hijo, padre de este nieto, no puede ser mejorado racionalmente, válidamente, con efectos sensibles. Militan para ello de una manera notoria las razones que hemos apuntado en los números 14 y 15. Esa distincion, ese intento, no significarían nada, porque no podrían producir resultado alguno. Y las leyes y el derecho, y los actos que en ellos se fundan, no han de ser ni cosas baldías, ni arbitrios de vanidad. La facultad de mejorar, de mandar estos tercios, se ha concedido para que tenga consecuencias reales en la distribucion de los bienes; y no para escribir palabras sin razon, sin resultados, sin verdadera inteligencia.

LEY DÉCIMA NONA.

(L. 3.ª, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec.)

El padre, é la madre, é abuelos, en vida ó al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio ó quinto de mejoría en que lo haya el fijo ó fijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio é quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna.

COMENTARIO.

1. Continúa la legislacion de Toro con el carácter que ella misma se atribuyó desde un principio, y que venimos comprobando en estos estudios: continúa, no estableciendo un derecho fundamentalmente nuevo, sino disipando, ó proponiéndose al ménos disipar, las dudas á que daba ocasion el antiguo derecho de nuestra patria. Díjose que la doctrina de las mejoras, procedente del Fuero-Juzgo y sancionada por el Fuero Real, había suscitado cuestiones que dividían á las escuelas y á los tribunales; y añadióse cómo era menester, en el digno objeto de esta legislacion, resolverlas oportunamente, combinando las teorías científicas, en lo que fuera posible, con los instintos y las necesidades prácticas del pueblo castellano. Á ese fin se habían encaminado las pasadas leyes, desde la décima séptima: á él se encamina la presente: á él han de encaminarse todavía varias de las que tenemos que ver en lo sucesivo. Ocupémonos ahora

en ésta, como lo hemos hecho hasta aquí, y como debemos y pensamos seguir haciéndolo en adelante.

2. Tres son evidentemente las partes de esta ley. Consiste la primera en que el mejorante pueda señalar la cosa ó parte de su hacienda, en que ha de consistir, ó con que se ha de satisfacer la mejora que dispone. Es la segunda, que el cálculo para estimar la mejora misma, ó para ver si no es excesiva la cosa que como tal se señaló, ha de hacerse sobre los bienes que poséa el mejorante mismo á la época de su muerte, y no en ningun otro tiempo de su vida. Y la tercera, en fin, se reduce á que esa facultad consignada en la primera, por la que puede el testador ó mejorante señalar determinadas cosas para pago de la mejora, ó como tal mejora, no admite delegacion, no le es lícito encargarla ni cometerla á persona alguna.—Sobre los tres puntos, como se concibe bien, y en el propio órden que les da la ley, ha de versar nuestro Comentario.

3. Primera resolucion: que el mejorante pueda señalar la cosa ó parte de la hacienda, en que ha de consistir ó con que ha de llenarse la mejora: que pueda decir «mejoro á tal hijo en tal casa,» ó bien «mejoro á tal nieto en el tercio de mi hacienda, y mando se le den para ello bienes de los que poséo en tal lugar.»—Sobre este punto parece que habian existido dudas desde muy antiguo, pues que una ley del Estilo las señala, y habia tratado de ponerlas término. Pero la accion de tal ley fué insuficiente ó ineficaz: las dudas continuaron á pesar de ella; y hallóse indispensable que ésta que nos ocupa repitiera su declaracion, á fin de acabar, como en efecto se ha acabado, con esas cuestiones.

4. Las palabras de la expresada ley del Estilo, la 213, eran las siguientes: «El padre puede mandar á uno de sus hijos de mejoría el tercio de quanto há, segun el Fuero de las leyes, y algunos dicen que este tercio que debe ser tomado de todos los bienes, mas no en una cosa apartadamente; y esto no es así: ca bien puede darle este tercio de mejoría en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas ó torres, ú otra cosa que no se pudiese partir sin menoscabo de la cosa.»—Vese, pues, que la disposicion era clara, era terminante: si á pesar de ella subsistieron, como queda dicho, contrarias pretensiones, esto no pudo ménos de tener por orígen la confusion legislativa propia de aquellos tiempos, y de la que hemos hablado largamente en el Comentario á la ley primera de esta Coleccion.

5. Mas hoy, repetimos por última vez, ha cesado toda in-

certidumbre. La mejora puede hacerse de una cosa determinada, con tal que quepa en el tercio de los bienes del mejorante; y entónces es obvio que se ha de señalar, es imposible que no se señale, esa cosa misma. La mejora puede hacerse tambien en el propio tercio, ó en álgo que sea ménos que el tercio—(el tercio es un límite, no es una cantidad forzosa);—y entónces, la ley del Estilo y la presente conceden al mejorante la facultad de aplicar á tal objeto la finca ó fincas que prefiriesen para él. Todo ello es claro, y todo es racional. No hay fundamento alguno que deba impedir esa designacion. Si ella es un beneficio, téngase presente que beneficio es en su totalidad la mejora; que como beneficio se halla autorizada; que es el padre ó el abuelo á quien se da la prudente facultad de dispensarlo. Siempre que no se perjudiquen las legítimas, siempre que queden á salvo los necesarios derechos de los herederos, en todo lo demás debe admitirse y mantenerse esa santa autoridad del ascendiente testador. Verdad es que nuestras leyes han puesto límites á la absoluta libertad de éste; pero no exajeremos esos límites; pero no los extendamos á menoscabar aún lo que de aquella libertad se mantiene y queda. Así como dentro del quinto pueden hacerse legados de cosas especiales á cualquier extraño, así tambien dentro del tercio han de poder hacerse mejoras de cosas especiales á cualquier descendiente. Los casos son plenamente análogos, y el derecho debe ser uno. No hay más limitacion, así para éste como para aquel, sino que el valor de los legados específicos no exceda del remanente del quinto, y que el valor de las mejoras específicas no exceda del tercio.

6. Pero ¿cuándo, en qué época han de considerarse los bienes del mejorante, para estimar esos valores? ¿Acaso, cuando la mejora se ofreció? ¿Acaso, cuando la mejora se entregó, si es que fué entregada en vida del mejorante mismo? ¿Acaso, en fin, cuando éste muriese, cuando exista la herencia, cuando se calculen tambien las legítimas?—Hé aquí el segundo punto sobre que había dificultades, y que ha resuelto, como ya vimos, la presente ley.

7. No creemos nosotros que esas dificultades hubieran nacido jamás, á haberse sólo hecho las mejoras en testamento, y á haberse sólo entregado despues del fallecimiento de quien las hacía. Entónces, habríase presentado como natural, como forzoso, que esa época de la muerte era la única que debía servir para la liquidacion y estimacion de las sumas de que se tratara. Á nadie hubiera ocurrido otra cosa: nadie habría creido que la

mejora fuese un regalo, una donacion, para la cual no se tenía en cuenta esa muerte, y que no se refería á lo que por esa muerte quedase. Todos hubiesen concebido que sólo era, en realidad, una distincion entre los descendientes, tomada de la herencia, hecha con relacion á la herencia, y contenida dentro de los límites de la herencia propia.

8. Mas hemos visto ya que las expresadas mejoras se hicieron en otros documentos, afectaron una forma diversa, y se revistieron de accidentes que no eran los de las últimas voluntades. Hemos visto que se contrataron, que se entregaron, que se les dió el carácter de irrevocabilidad. De aquí la cuestion, de aquí la duda, de aquí las incertidumbres de la práctica. ¿No es en efecto hacerlas álgo revocables, despues de haber dicho que son en ciertos casos irrevocables, si calculándolas por una situacion del caudal á que se referían posterior al tiempo en que fueron hechas, hay que aminorarlas, reducirlas, dejarlas en mucho ménos de lo que se las declaró é hizo consistir en su origen?

9. Á pesar de estas consideraciones, la ley ha atendido á la naturaleza de las cosas, y ha estimado que la mejora no puede calcularse sino por la existencia del caudal hereditario en la época en que falleciese el mejorante. No importa (ha pensado, y seguramente con razon) que dicha mejora se otorgase por un contrato entre vivos: no importa que se entregara desde luego la cosa en que consistía, ó el emblema de la suma en que á la sazon se estimaba: no importa que por consecuencia de esas tradiciones se haya hecho en su generalidad, en su sér, irrevocable y firme. Una cosa es esta irrevocabilidad, esta firmeza, y otra la inalterable permanencia de su cuantía. Para la estimacion de lo último no puede jamás perderse de vista su naturaleza de mejora, de manda, su condicion íntima de parte de la herencia que deja el que la ha dispuesto. La distincion, el beneficio, pueden dispensarse *inter vivos* irrevocablemente: la cantidad fija no se puede determinar con completa exactitud, hasta que sale de la vida, y concluye en el dominio del *summum* de sus bienes, el que hizo y otorgó tales distinciones.

10. ¿Se han aumentado esos bienes, de tal modo que lo que se entregó como mejora,—mejora, parte alicuota de la herencia,—es inferior á la suma que ya corresponderia, en la época en que se debe liquidar? Se completará esto que ahora se liquide, entregando al mejorado lo que le falta.—¿Se han disminuido, por el contrario, los propios bienes, de tal modo que hay

exceso en lo que se percibiera, comparativamente con los resultados de esta liquidacion? Deberá devolverse lo que se haya tomado de más; ó bien, si es heredero el mejorado, tendrá que aportarlo y darlo por recibido en cuenta de su legítima. Esto en cuanto á las cantidades, ó en cuanto á las cosas que representan y simbolizan cantidad. Por lo que hace á los bienes que son verdaderamente específicos, que no representan suma, que forman ellos propios, como tales bienes, la mejora; claro es que podrá haber lugar á la disminucion, si resultase que traspasan el límite del tercio; pero que nunca podrá haber lugar al aumento, porque el beneficio no consistió en dicho tercio, sino en ellos mismos.

11. Esta es, repetimos, la resolucion de la ley, añadiendo que nos parece racional y justa. Se ha notado por algun comentador que la inspiracion que la motiva es análoga á la que sirvió de base á la 3.ª, tít. 11.° de la Partida VI, donde se habla de la *cuarta falcidia*, de aquel descuento que pueden hacer los herederos en los legados. Pero nosotros entendemos que tal inspiracion, que tal idéa eran aún aquí más necesarias. Sin este sistema, ni las legítimas quedarían en muchos casos incólumes, ni las propias mejoras conservarían su carácter esencial. El buen sentido y la prudencia, reglas supremas de toda legislacion, no podían consentir ningun otro arbitrio. Era necesario no olvidar nunca la verdadera naturaleza del hecho de que se trata, y no dar á los accidentes tanto valor que desapareciera su esencia, ahogada y borrada por ellos.

12. Vengamos ya á la tercera parte, á la tercera resolucion de la ley.—«Pero mandamos (dice) que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio é quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.» Tal es su texto, que hemos querido copiar nuevamente.

13. Estas palabras son para nosotros sencillas y claras del todo: en ellas no alcanzamos más que un sentido: ni concebimos dudas sobre su precepto, ni nos parecen extrañas por los motivos que ellas puedan darse.

14. Eran costumbre y legislacion de Castilla el poder hacerse los testamentos por medio de comisarios ó delegados; y las mismas leyes de Toro iban á disponer amplio derecho sobre la materia, diciendo, como veremos más adelante, lo que podía hacerse, y lo que no podía hacerse de esa suerte. ¿Qué tiene, pues, de particular que, cuando aquí se resolvía que el mejorante estaba facultado para señalar los bienes específicos

en que hubiese de consistir la mejora, se añadiese en seguida si esta facultad había de poder, ó no había de poder, ó con qué condiciones podría delegarse y cometerse?

15. «Esta facultad de lo poder señalar el tercio é quinto, como dicho es,—(esta facultad de designar específicamente la cosa ó parte de hacienda en que ha de consistir la mejora),—no pueda el testador cometerla á otra persona alguna.»—Precepto claro, precepto terminante, precepto que no deja lugar á verdaderas cuestiones, porque serían verdaderamente subterfugios, y en la interpretacion de buena fé no tienen nunca cabida los subterfugios.

16. Ni el comisario general y comun para hacer testamento, ni el comisario especial para hacer mejoras en los términos en que veremos que esto es posible (ley trigésima primera), ni el uno ni el otro pueden hacer el señalamiento de que aquí tratamos. El segundo de dichos comisarios podrá declarar, disponer las mejoras mismas; pero no podrá designar los bienes que deban aplicarse á ellas, siendo las expresadas mejoras de cantidad, siendo parte alicuota de la herencia ó del tercio de la herencia. Esto no es esencial á su índole: esto puede separarse de su concesion, y la ley lo ha separado. Fué el testador sólo á quien otorgó el poder completo en este punto; y así como debe respetarse en él, porque á él se lo dió la ley, así no puede pretenderse para otro, pues que la ley se lo desconoce y deniega, declarándolo intransmisible. Ni aun diciendo el propio testador que le encarga por su voluntad ese derecho, podremos reconocérselo al comisario: la prohibicion de delegar, de cometer, es explícita; sería atentar contra todos los principios el que no la respetase aquel mismo á quien se le pone enfrente. La ley que veda, ni se atropella, ni se renuncia: éste es un principio conocido de todos.

17. Mas ahora, asentado el derecho, puede preguntársenos, y debemos inquirir la razon del derecho. ¿Cuál es esa razon, cuál es el motivo, cuál la justificacion del precepto legal? ¿Por qué, si es lícito cometer hechos de suma importancia, en los testamentos ó referentemente á los testamentos, por qué se ha estimado y declarado imposible la comision ó delegacion de cosas en cierto modo menores que las delegadas? ¿Por qué, cuando el comisario puede mejorar, siquiera sea con poderes especiales para ello, no ha de poder señalar con análogos poderes las fincas que han de aplicarse á redondear, á ultimar las mejoras?

18. Cuando examinemos la expresada ley trigésima primera podrá verse todo el esmero con que se ha considerado entre nosotros esa facultad de delegar, y todas las garantías de que ha querido rodeársela, á fin de que lo necesario no se convierta en arbitrario, de que el justo favor no traspase sus límites y llegue al abuso. Ni queremos adelantarnos en este instante á lo que hemos de decir en aquella ocasion, que será la oportuna; ni aun indicar siquiera si nos parece ó no nos parece bien lo que se ha dispuesto. Ahora debemos contentarnos con exponer algunos motivos de disparidad entre la concesion de mejoras y el señalamiento de especiales fincas para las mejoras, apuntando al mismo tiempo cuáles pudieron ser las idéas y los motivos de los autores de estas leyes, para el rotundo precepto prohibitivo que estamos examinando.

19. La facultad de mejorar hasta en el tercio á cualquiera de los descendientes, es una institucion de alta moralidad, es un gran principio de utilidad pública. Fortifica los lazos de la familia, robustece el poder paterno, contribuye á garantir la justa subordinacion de los hijos. Es un resto de la libre potestad de disponer de sus bienes, que han conservado nuestras costumbres y nuestras leyes á todos los testadores. Cuando se ha elevado el *summum* de las legítimas á los cuatro quintos, una tan gran parte de la herencia, si el que la va á dejar no pudiese aún disponer de álgo considerable para beneficiar á éste ó al otro entre sus herederos ó los hijos de sus herederos; si los expresados cuatro quintos hubieran de repartirse siempre con completa, absoluta igualdad, claro es que la autoridad paterna quedaría de todo punto desarmada delante de los que de ella dependen, y que faltaría por consecuencia uno de los estímulos más poderosos para el respeto, para la consideracion, para el buen órden doméstico, primer elemento de la sociedad humana. Razon es sin duda que el padre deje la mayor parte de sus bienes á sus hijos; pero no hay ninguna razon para que esté obligado á dejárselos en idénticas cantidades, no pudiendo hacer entre ellos distinciones, y habiendo de tratar del mismo modo á su piedad y á su indiferencia.

20. Es pues favorable, ó por lo ménos no es odiosa, jurídicamente hablando, la causa de las mejoras. Las leyes no han de poner obstáculos caprichosos á que se verifiquen: el poder discrecional con que se realizan no debe ser objeto de disfavor. Por eso no puede haber inconveniente en que se cometa tal facultad á un delegado, tomadas que sean las oportunas precau-

ciones para demostrar que el delegante la quiso de hecho cometer. Si uno da poder explícito, á fin de que se disponga tal mejora en el testamento que á su nombre ha de otorgarse, no se concibe en verdad motivo alguno que deba impedir el que se use de ese legítimo poder, el que se lleve á efecto esa voluntad que es igualmente tan legítima.

21. La designacion de las fincas, de que en este Comentario hablamos, es ya otra cosa. Tiene ménos importancia en principio: se recomienda ménos, ó no se recomienda nada, como cuestion de moralidad y de potestad paterna: en cambio, es más acto de favor puro; y por eso cabalmente ofrece mayores peligros de abuso, cuando no esté afirmada en la única garantía que la justifica, en la personal discrecion de los propios padres. Que la ley autorice á estos para hacer por sí mismos esa designacion, lo comprendemos bien, y creemos haberlo razonado y explicado ántes; pero que no les otorgue la facultad de transmitir ese poder, lo comprendemos y lo aprobamos del propio modo. Volvemos á decir que no se necesita para llevar á cabo las distinciones que sean justas entre los hijos y nietos; y tememos que no hubiese en los comisarios ni el presunto fundamento de rectitud, ni la respetable autoridad de los padres y abuelos testadores. Esto debió temer asimismo la ley; y estos fueron, ó por lo ménos estos pudieron ser sus motivos para lo que ordenó. Ante ellos nuestra duda se acalla; nuestra conciencia y nuestra razon se satisfacen.

22. Pero álgo nos queda todavía que inquirir, con ocasion del texto presente. Le hemos comprendido, y le hemos justificado, cuando se trate de una mejora de cantidad, de la mejora del tercio ó de una parte del tercio: el padre puede señalar cosas con qué llenarla, y no puede encargar á ningun comisario que las señale. Mas ¿qué diremos de las mejoras que son directamente de cosas? ¿Qué aplicacion tendrá á ellas esta última parte en que nos ocupamos de la presente ley? Si el padre dice en su testamento: «doy comision á tal persona, para que mejore á tal de mis hijos en la finca específica que á bien tuviere,»—¿valdrá esta delegacion y podrá hacerse la mejora? Y si dice: «doy comision á tal persona, para que mejore á tal de mis hijos en tal finca que específicamente señalo,»—¿valdrá entónces la cláusula, y tendrá efecto su voluntad?

23. Los casos son diferentes. En el primero, se comete la facultad de señalar la finca en que haya de consistir la mejora: en el segundo, la finca está señalada, lo único que se comete

es la insercion de una voluntad ya emitida en otro documento que se ha de hacer con ciertas solemnidades, é incluyendo diversas disposiciones. ¿Cuál,—volvemos á repetir,—será el derecho en uno y otro caso?

24. Á la validez del primero, entendemos que se oponen, sin ningun género de duda, las palabras de la ley. No ha querido ésta que se pueda cometer el señalamiento específico de las fincas con que se ha de pagar ó en que ha de consistir la mejora. Luego si se da esa comision, ni el comitente ha conferido ningun derecho, ni el comisario ha adquirido ninguna facultad. Las demás palabras que se hayan empleado decidirán si cabe ó no cabe realizar alguna cosa: el señalamiento que se quería es imimposible.

25. No diremos lo mismo del segundo caso. Creemos, vemos, es seguro que en ésta la designacion se verificó por el comitente; y el comitente, es decir, el padre, el abuelo, podían hacerla. Al comisario no se le dió la facultad que la ley impide darle. Nada se dejó á su arbitrio: su encargo en este punto fué un mero encargo mecánico, y no otra cosa. Es imposible tener de su accion recelo alguno, porque no ejecuta, en verdad, lo más mínimo por su propia cuenta. No es él quien señala, no hace sino repetir lo que está señalado; y esto no se halla prohibido, ni nos parece posible que lo quisiera prohibir un derecho de buena fé, como lo es nuestro derecho. La ley trigésima primera ha reconocido lo propio que aquí vamos sentando respecto á la persona del heredero; y no debemos admitir, y realmente no concebimos, que las disposiciones de estas leyes no sean armónicas, cuando es una propia la razon para entrambas.

LEY VIGÉSIMA.

(L. 4.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Los hijos ó nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio ni del quinto de mejoría que el testador oviesse fecho á alguno de sus fijos ó nietos, ó quando mejorasse en el quinto á otra persona alguna; sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio ó quinto, ó, quando no lo señaló, en la parte de la hacienda que el testador dexare, sean obligados los herederos á gelo dar: salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda conveniblemente devidir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado ó mejorados el valor del dicho tercio é quinto en dineros.

COMENTARIO.

I.

1. Parécenos á nosotros que una de las consecuencias naturales de la idéa, del sistema, de la institucion de las mejoras debía ser el pago de éstas, por regla general, con los mismos bienes de la herencia, con los propios que hubiese dejado el testador mejorante. Si él, específicamente, había señalado algunos para ella,—facultad que hemos visto le estaba otorgada,—no entendemos que pudieran aplicarse otros, sustituyendo á la suya una agena voluntad: si había designado sólo, dejado sólo una parte alicuota de lo que poseía, de lo que le pertenecía, de lo que disfrutaba, no alcanzamos la razon para que no debiese

cumplirse su precepto tal como era, con una parte efectiva y real de lo que poseyese, le perteneciese y disfrutase.

2. Mas quizá nuestro entendimiento será escaso, pobre nuestra erudicion, inseguro nuestro raciocinio. Lo que á nosotros nos hubiera parecido siempre tan natural é indispensable, no debía de parecerlo así á una buena parte, por lo ménos, de los doctores de la décima quinta centuria. Y la prueba es que tuvo que venir esta ley á declararlo: que fué necesaria su formacion y promulgacion, para que no hubiese dudas sobre ello.—Quédanos siquiera el consuelo, reconociendo la debilidad de nuestro juicio, de que la disposicion de esta ley haya venido al cabo á sancionar lo que siempre fuera nuestro dictámen, lo que, aun sin ella, habríamos pensado nosotros.

3. El orígen de esta dificultad procedió, como en tantas otras ocasiones, del derecho romano y de la idolatría por el derecho romano. Á pesar de que en él no se conocieron las mejoras, fuése á buscar en él, porque allí se buscaba todo, la manera con que habían de satisfacerse ó de llevarse á efecto las mejoras. Se notó que éstas eran análogas á los legados, como separadas ó tomadas de la herencia, del caudal relicto: díjose que eran enteramente, exactamente, *prelegados*, esto es, mandas dejadas por título particular á personas que sucedían por título universal al testador, que eran sus herederos; y creyóse por tánto que lo dispuesto en aquella legislacion, considerada siempre como fundamental en la materia civil, era, debía ser aplicable á estos casos en que nos ocupamos, por más que en su carácter especial, en su verdadera índole de mejoras, fuesen de todo punto extraños y desconocidos á ella.

4. Á nuestro modo de entender, erraban los que supusieron que las tales mejoras son siempre y verdaderamente prelegados. No lo son por su índole típica y natural, como no son mandas comunes, como no son legados tampoco. El legado y el prelegado son esencialmente liberalidades, ó específicas, ó de una cantidad que se fija y determina por sí, sin relacion á la suma total de la herencia: basta que quepan en el quinto cuando hay herederos descendientes, en el tercio cuando lo son ascendientes; pero no se refieren en sí propias al tercio ni al quinto, como partes. La mejora, por el contrario, es álgo que dice naturalmente relacion con aquella totalidad, con el *summum bonorum*, que es alicuota de los mismos. Si no es esto forzoso, absolutamente forzoso en todos los casos, en ello está su tipo; ése es su carácter, esa su manera ordinaria de ser. Alguna

vez y como excepcion pueden la una y los otros,—la mejora, y los legados y prelegados,—parecerse y confundirse; pero los puntos de partida son diversos, la índole racional de la una y de los otros lo son igualmente. Está en la esencia del legado ó prelegado el ser concreto, fijo, invariable: está en la naturaleza de la mejora el ser variable, insegura, el aumentar ó disminuir á medida que la herencia aumenta ó disminuye. El legado y el prelegado son, bajo un punto de vista filosófico, sustracciones de la herencia: la mejora, tambien filosóficamente considerada, no es de aquélla una sustraccion, sino más bien una modificacion. El legado, lo mismo que el prelegado, no es nunca parte de las legítimas: la mejora, si por extension recae en álgo que no sea tampoco parte de éstas (el quinto, ó remanente del quinto), tiene su orígen en el modo de distribuir lo que corresponde á esas legítimas propias, lo que de tales legítimas es parte, lo que como verdadera legítima se debe—(el tercio).

5. Y todo esto, sin tener en cuenta que los prelegados son constituidos siempre en favor de herederos, ó necesarios ó declarados táles; cuando hemos visto en las leyes anteriores que las mejoras se pueden dejar á nietos que por derecho no lo son, pues que sus padres viven aún; y encontramos que tambien se llaman con el mismo nombre de mejoras, en la presente, á las liberalidades comprensivas de los quintos, aun cuando se destinen á personas extrañas. «*Ó quando mejorasse en el quinto á otra persona alguna.*»

6. Mas el hecho es, á pesar de cuanto queda expuesto, que las escuelas y la jurisprudencia de Castilla se fijaban, por los años del mil y quinientos, en las reglas que el derecho romano estableciera para satisfaccion de los legados; y que dudaban, por lo ménos, ya que no lo afirmasen, si no se debian aplicar tambien á la satisfaccion, al cumplimiento de nuestras mejoras.

7. Resumíanse esas reglas sustancialmente en la mera voluntad de los herederos. De cualquier especie que el legado hubiese sido, cumplían aquellos, ó entregando su estimacion, ó entregando bienes que cubriesen su importe. Era esto una consecuencia de que no habia testamento perfecto en ninguno de sus detalles, sino despues de la adicion de la herencia, y por resultas de esa misma adicion. La del legado, pues, constituia una deuda, en que habian tenido parte las voluntades del testador y del heredero, y para cuyo pago se otorgaban á éste todas las facilidades que pudiese desear. Entre su interes y el interes

del legatario, la ley atendía con preferencia al primero, y le daba completa ventaja sobre el segundo.

8. No es del caso, no es del momento presente, ni el calificar, ni aun el descender á pormenores sobre este sistema. Bástanos con conocerlo en resúmen, en globo, por mayor, puesto que no es de legados de lo que aquí se trata, y puesto que ni aun para ellos mismos le habían copiado en su crudeza las leyes de Partida. De las demás castellanas, es innecesario decir ninguna cosa. Esa razon ó esa sutileza civiles no habían sido admitidas jamás ni en nuestras antiguas costumbres, ni por nuestros legisladores propiamente nacionales. La adicion no tuvo nunca en Castilla la importancia que en Roma. Despues de una célebre ley del Ordenamiento de Alcalá (1), ni aun fué necesaria la institucion de herencia, para que hubiese testamento. Siempre estuvo en su espíritu que los legados se satisficiesen de la manera que habían sido mandados. Y á pesar de todo,—fuerza es repetirlo nuevamente,—tánto era el poder, tan absoluta la invasion de aquel derecho y de aquella jurisprudencia venidos de Bizancio y de Bolonia, que en ellos está la única razon para haber tenido que dictarse la presente ley.

9. Sobre su inteligencia, sobre su alcance, sobre la realidad de sus preceptos, no ha cabido ni cabe ninguna cuestion, ninguna duda. Clara y terminantemente dice que si el mejorante señaló un finca, una cosa, como materia específica de su disposicion, esa misma cosa, esa propia finca, se ha de entregar al mejorado: que si no fué específica, pero fué designatoria la expresion de su voluntad, esto es, si mejoró en una parte alicuota de su herencia ó de sus bienes, disponiendo que esa parte alicuota se debiese pagar con táles de los mismos, esos que él señaló deben ser los entregados: que cuando no hubo el indicado señalamiento, se hayan de entregar bienes, efectos, valores, de los que deja, y en los que consiste la herencia que se reparte; y que sólo en el caso de que el caudal quedado, la herencia, no se pudiese cómodamente dividir,—(era un palacio, por ejemplo,)—sólo entónces cumplirán los herederos abonando en metálico al mejorado esa parte alicuota, la estimacion de lo que debe dársele. Es este un recurso que autoriza la necesidad: no es una regla que acepta, y que proclama como tal el derecho.

10. Todo esto, repetimos, nos parece claro, perfectamente

(1) L. 1.ª, tít. 19.º, del Ordenamiento. Está en la 1.ª, tít. 18.º, lib. X, Nov. Recop.

claro, y á la par racional, perfectamente racional. Si la voluntad de los testadores, ó de los que disponen de sus bienes para despues de su muerte, debe siempre cumplirse como suena, cuando no hay sobre ello ningun impedimento ni natural ni legítimo, evidente es que el asunto de que tratamos no pudo resolverse de otro modo. No era éste ni aquel interés particular á lo que debía atenderse: era á la condicion de los bienes que habían de distribuirse, y al precepto del que fuera su señor, y los mandaba distribuir segun su potestad y su voluntad.

II.

11. Hemos encontrado en esta ley lo que anunciamos ya en el Comentario á la décima séptima, y lo que por incidencia notamos más arriba;—esto es, que se llama *mejoras* á las liberalidades hechas del quinto ó del remanente del quinto, de esa parte alícuota de la herencia, aunque sean en favor de un extraño. Acerca del hecho no puede haber cuestion: son palabras explícitas, terminantes, las que se usan; no se pueden negar, no se pueden desconocer.

12. ¿Están bien usadas? ¿Debemos emplearlas, para la práctica, en el mismo sentido? ¿Podemos decir, por el contrario, que fué aquéllo un yerro, un descuido de redaccion en los legisladores? Y aparte de esa duda de propiedad, de bueno ó de erroneo tecnicismo, ¿cabrá dificultad, cabrá cuestion, sobre el precepto que en ellas se expresa?

13. Francamente, sinceramente, en nuestro modo de pensar, no las aprobamos. El uso comun de la palabra «mejora» significa, y significó sólo desde su orígen, beneficio otorgado á un hijo, á un nieto, á un descendiente, entre los demás de esa clase. Ninguna necesidad había de emplearla, tratándose de un extraño, de *otra persona alguna*, como dice la ley: ninguna, de alterar un tecnicismo admitido por la inteligencia general. Cuando se manda á un extraño álgo específico ó alguna suma determinada, se le hace un legado: cuando se le deja una cuota de herencia que puede dejársele, se la instituye realmente heredero en aquella porcion. ¿Para qué aplicar aquí la expresion «mejora,» consagrada siempre, segun hemos visto, á otro propósito?

14. Mas sentado esto, desaprobado ese término de la ley,

debemos decir que su inteligencia no nos ofrece, en tal frase, ninguna dificultad. El precepto que encierra es de todo punto claro. Si el descendiente mejorado debe ser satisfecho con bienes de la herencia, el extraño á quien se deja el quinto debe serlo en igual condicion, con igual modo. Llamemos de cualquier suerte al beneficio que recibe, lo que se manda es que ese beneficio se lleve á efecto con los bienes hereditarios. El derecho que se establece es el mismo para el extraño y para el propio: no ha de dárseles, ni á uno ni á otro, dinero en lugar de bienes, sino cuando los bienes dejados sean de tal naturaleza que no se puedan *conveniblemente* dividir.

III.

15. Algunos Comentadores de estas leyes han discurrido, con motivo de la que nos ocupa, acerca del momento en que se trasmite á los legatarios y á los mejorados la propiedad de sus mandas y mejoras, y acerca tambien de los frutos é intereses que pueden corresponderles por esas mandas y mejoras mismas. Dejando nosotros aparte lo que es exclusivo de los legados, materia que no es hoy la nuestra, y concretándonos á las mejoras solas, vamos á decir lo que nos parece cierto en nuestro derecho, y usual en nuestra práctica, sobre el uno y sobre el otro punto.

16. Sabido es que en nuestros testamentos castellanos no hay necesidad ni aun de institucion de heredero; que si se nombra á álguien como tal, no es precisa de ningun modo su cooperacion; que no hay que atender á la adicion de la herencia, para que todo lo demás que se hubiese dispuesto, prevenido, instituido, valga y se ejecute (1). Un poco más adelante veremos (2) que, insistiendo en este sistema, cuando un hijo ó un nieto recibe institucion de herencia comun y tambien mejora, puede desechar, renunciar, abstenerse de la primera, conservando el derecho y entrando en posesion de la segunda: que cuando un testamento se rompe por ciertas causas que afectan á la herencia comun, las mejoras contenidas en el mismo subsisten á pesar de ello, y deben de todo punto llevarse á cabo (3). —Cuán distante se halle todo esto del derecho romano, cuál otro sistema indique, qué distintos principios suponga, no es

(1) Ley del Ordenamiento ántes citada.
(2) Ley vigésima primera.
(3) Ley vigésima cuarta.

necesario que nos detengamos á encarecerlo. Á la teoría formularia, convencional, de aspecto rigoroso, ha sucedido otra de amplitud y de buena fé, en que se prescinde de todo lo que no es en su fondo verdad absoluta y buen sentido perfecto. El escolasticismo, la erudicion, aun la filosofía especulativa, podrán aprobar ó no aprobar tan radicales trastornos; pero la ciencia práctica, pero la jurisprudencia real tienen forzosamente que reconocerlos, y tomarlos por base para sus obras.

17. En vista de tales principios, cuantos derechos reales ó personales traen su orígen de una última voluntad, han de partir, sin género alguno de duda, de el instante de la muerte del testador. No hay ninguno otro de que partan, porque no hay ninguno otro que sea necesario. Esa muerte es la que perfecciona el testamento: esa es la que pone el sello á la voluntad que él declara: esa es la que termina completamente la existencia de lo que fué, y señala el primer punto de las nuevas existencias y de las nuevas relaciones que vienen á sustituirlo. Allí acaba el testador, y allí comienzan sus derecho-habientes: aquél no puede entenderse prorogado, porque no hay ningun fundamento ni ninguna necesidad para tales ficciones: éstos no pueden verse dilatados, impedidos aún en lo que les corresponda, toda vez que de ninguna otra cosa necesitan, para que sus derechos y sus acciones estén lo completos que pueden estar por su naturaleza.

18. Cuanto sean capaces de haber los mejorados respectivamente á sus mejoras, lo han y lo disfrutan desde la muerte del que se las dejó. El *jus* á que pueden tocar es perfecto: su situacion es igual á la de cualesquiera herederos instituidos con este nombre. Si les falta álgo, no puede ser sino la ejecucion práctica, la division material de los bienes de la herencia. Son propietarios de una cosa que se halla *pro-indiviso*, si lo que se les ha dejado es parte alicuota: son propietarios de una cosa que les han de entregar los albacéas, ejecutores del testamento, si lo que se les ha dejado son bienes específicos. Pero ya son propietarios; pues que si ya no lo fuesen, no podrían serlo nunca. Nada ha de venir á darles despues lo que en aquel instante no tuvieren.

19. En cuanto á los intereses y á los frutos bastarán tambien pocas palabras. Si la mejora ha consistido en bienes especiales, no puede caber ninguna duda en que siendo estos del mejorado desde la muerte del testador, suyo ha de ser lo que natural ó legalmente produzcan. Si la mejora ha consistido en una cuo-

ta de la herencia, tampoco puede dudarse el que al hacer la division y al entregar de hecho esa cuota á los que deban llevarla, se han de dividir y entregar, en la misma proporcion que los primitivos bienes, los frutos ó intereses producidos por los bienes. Todo ello es tan natural, tan simple, tan necesario, que apénas necesita explicacion, y que de seguro no admite dificultades.

20. Si ha habido en estos particulares alguna, si se han empleado cuadernos de papel en discutirlas, si se ha llegado á tal confusion que ya no se comprendía á veces la materia de que se trataba, en medio del fárrago de citas y de contradicciones amontonadas respecto á ella; todo esto no ha dependido de otra cosa que de haberse olvidado completamente de los fáciles principios de nuestro derecho, y de haber ido á buscar en otro sobradamente artificioso y sutil lo que no entró nunca en el verdadero espíritu castellano, y lo que está condenado del modo más terminante en las leyes que son su expresion y nuestra norma. Ese sistema, equivocado en cualquier asunto, lo es más todavía, y conduce á peores consecuencias, en el asunto presente. Si la legislacion romana no conoció las mejoras, ¿cómo ha ocurrido á nadie exponer el derecho de las mejoras, tomándolo ó yéndolo á buscar en la legislacion romana? Muy léjos estamos nosotros de despreciar aquella sabiduría; pero hasta en materia de sabiduría son indispensables prudencia y buen juicio. Siempre se han perdido, y siempre se perderán en el mundo los que no estimen en más la templanza de la sensatez que las elucubraciones de la erudicion.

LEY VIGÉSIMA PRIMERA.

(L. 5.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Mandamos que el hijo, ó otro qualquier descendiente legítimo, mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre ó abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre ó madre ó abuelos, é aceptar la dicha mejoría. Con tanto que sean primero pagadas las deudas del defuncto, é sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parecieren; é por las otras que despues parecieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio é quinto. Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes (1).

COMENTARIO.

I.

1. Al leer de primera vista, sencillamente, sin ninguna prevencion la ley que nos ocupa, no sólo parece claro y ageno á toda dificultad su precepto, sino que ni aun se concibe la necesidad que hubiese habido de dictarlo. Que una persona hereda-

---

(1) Copiamos así el texto de los ejemplares que diremos despues, y por las razones que se expresarán; pero advertimos desde este instante que en las ediciones de la Recopilacion concluye del siguiente modo: «ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó *incierta* parte de sus bienes.»

da y mejorada á una vez pueda aceptar lo que le corresponda por uno de esos títulos, y renunciar lo que le venga por el otro, es una idéa tan racional, tan obvia, tan incontrovertible, como aquello que lo sea más en las acciones y en las facultades humanas. Ni á nadie puede obligarse á que acepte lo que es puro beneficio; ni hay compromiso legal para recibir un segundo, porque se tome un primero, que de aquel otro puede separarse. Si el heredero mejorado quiere repudiar la mejora, ¿por qué razon no ha de poder repudiarla? Si quiere no aceptar la herencia, ¿por cuál ha de compelérsele á que la acepte? La consecuencia de su libre accion será, en el primer caso, que no haya mejora, acreciéndose por ello las legítimas: en el segundo, que los otros herederos reciban á su vez, y en sus hijuelas ó porciones, un acrecentamiento semejante. Volvemos á notar que la mejora y la herencia no están ligadas de tal suerte entre sí, que sea imposible esa division, esa separacion.

2. Todo lo que exije el buen sentido en semejante caso, consiste en que los cálculos de la mejora y de la herencia estén bien hechos; que á pretexto de desprendimientos y de generosidades, no vayan en realidad á causarse perjuicios. Las mejoras no se sacan sino de los haberes verdaderos: no las hay, como no hay herencias, sino despues de satisfechas las deudas y obligaciones del difunto. Ántes, pues, de liquidar esas mejoras en cuestion, ántes de entregarlas, dicho se está que habrán de satisfacerse las cargas que pesaran sobre aquel: como dicho se está, del mismo modo, que si despues de entregadas las tales mejoras apareciesen nuevas responsabilidades del propio género, tendría que concurrir el mejorado para su abono ó solucion, en la prorata correspondiente á lo que del *summum* hereditario hubiera percibido. Su renuncia, ya de legítima, ya de herencia, no podría ser un motivo para asegurarle y garantizarle lo que hubiese tomado, á no ser que mediara sobre ello algun contrato explícito con los otros en cuyo favor renunció; mas siendo así, no procedería su indemnidad de la renuncia propia, sino de ese contrato, que hemos supuesto la acompañaba y la completaba.

3. Eso, repetimos, lo decían la razon y los principios comunes: para saber eso no eran necesarias ninguna disposicion, ninguna ley nuevas. ¿Cuál ha sido, pues, la necesidad, y cuál el motivo de la que examinamos? ¿Por qué se creyó oportuno el dictar ésta, toda vez que su precepto no parece añadir nada en el fondo á los principios del derecho comun y de la razon?—

No olvidemos nunca que las leyes de Toro se redactaron y se publicaron para resolver cuestiones pendientes en nuestra jurisprudencia; y partiendo de ese supuesto, inquiramos, si nos es posible, la que debió haber ó pudo haber en la materia de que tratamos.

4. Y para ello, consideremos la ley propia con mayor atencion: veamos qué partes tiene: analicemos cada una de sus prescripciones, y, si es menester, cada uno de sus incisos.

5. «Mandamos que el hijo, ú otro qualquier descendiente legítimo, mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre ó abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia..... é aceptar la dicha mejoría.»—Así principia. Y hasta aquí es la consignacion de una regla, á la que nunca cupo contradiccion. Lo hemos dicho desde luego, y no concebimos que nadie, en ningun tiempo, haya podido dudarlo. La herencia y la mejora, la legítima y el tercio ó quinto, no están necesaria é indisolublemente enlazados. Por cualesquiera razones, que no necesitamos inquirir, por cualesquiera caprichos, que no podemos prever, ha cabido y cabe que se quiera lo uno y que no se quiera lo otro. Si el derecho antiguo no escribió expresamente esa facultad, ó fué porque no conoció las mejoras, ó porque no creyó forzoso escribir lo que era de suyo tan obvio y tan natural. Una ley de Partida (1) habia sancionado lo análogo, lo que se deducía de los mismos principios y se fundaba en las propias razones, al disponer que el heredero estaba en su derecho, admitiendo el prelegado, y renunciando, si quería, á la herencia.

6. Sigue la que examinamos con estas palabras: «Con tánto que sean primero pagadas las deudas del defuncto, é sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parecieren.»—Sobre las cuales expresiones es tambien poco y sencillo lo que tenemos que decir. Ya queda notado ántes que ni legítimas, ni mejoras, ni herencia, ni nada, puede haber, interin no estén satisfechas las deudas del difunto. No hay activo, no hay positivo, en lo quedado, hasta que el pasivo esté legítimamente cubierto. Miéntras no se paga, no se hereda, ni se reciben mandas ni mejoras. Si éstas consisten en una parte alicuota del caudal, porque no hay partes alicuotas, sino cuando hay tódos, caudales verdaderos. Aun consistiendo en bienes específicos y determinados, porque ya se ha dicho que esos bienes han de caber en la parte alicuota de que puede disponerse.

(1) L. 2.ª, tít. 9.º, P. VI.

—Todo esto es vulgar, elemental, no podría nunca ser de otro modo. Ha debido escribirlo la ley, pues que ya escribió aquella otra primera parte; pero no alcanzamos que jamás, en ninguna época, con ninguna jurisprudencia, haya podido haber duda ni cuestion sobre semejante doctrina. Hasta despues de pagadas todas las deudas que se conociesen, ni han podido liquidarse las mejoras de cuota, ni saberse si valían íntegras ó si se debían reducir las de cosa específica y determinada.

7. «É por las otras (deudas) que despues parecieren—continúa la ley,—sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio é quinto.»—Aquí, segun fácilmente comprenderán nuestros lectores, ya es necesario que nos detengamos un poco más; porque aquí, á primera vista, se descubren dos cosas: un precepto y una asimilacion. Un precepto, natural en sí, pero que podría llevarse á cabo de dos maneras; una asimilacion, que determina de cuál de esas maneras debe ser ejecutado el precepto.

8. El precepto, en su fondo, es la consecuencia de cuanto se ha dicho ántes. Si porque no eran conocidas todas las deudas del difunto, se entregó al mejorado tal suma ó tales bienes, claro es que, descubriendo despues una nueva deuda que disminuye la entidad del caudal, aquel mejorado verá modificar su derecho, y tendrá obligacion de contribuir con lo que le corresponda para el pago de la responsabilidad descubierta. Los errores de hecho se deshacen, segun la razon y segun la ley. El mejorado, el legatario, cuantos han percibido lo que legítimamente no hubieran debido percibir, todos tienen que resignarse á la enmienda de un yerro, que exije sin disputa reparaciones y reformas.

9. Pero la jurisprudencia ha distinguido sobre la manera de hacer tales rectificaciones. La jurisprudencia ha clasificado en dos órdenes á las personas que habían de sufrir sus resultados. Distinguiendo á los que habían percibido *cuota de herencia* de los que habían percibido *cuota de bienes*, había sido y es su doctrina que contra los primeros existen y se dan acciones directas para la expresada reparacion, y que directamente están ellos obligados á prestarla; miéntras que la accion y la obligacion sólo recaen de un modo indirecto y secundario, aunque sea real, sobre los segundos.

10. Expliquemos un poco más esta materia. Se descubre la deuda de la hipótesis, deuda ignorada al hacer la particion del

caudal, deuda no tenida en cuenta al liquidarse y abonarse las legítimas, al estimarse las mejoras, al entregarse las mandas ó legados. ¿Contra quién tiene su derecho expedito, su accion pronta, eficaz, ejercitable el acreedor, aquél en cuyo favor está constituida la deuda? Por ventura ¿contra todos los que recibieron álgo en las particiones mal ejecutadas? Ó por ventura, más bien, ¿sólo contra algunos de ellos, sólo contra los que estén en determinados casos,—sin perjuicio de que éstos reclamen despues á su vez de todos los que deban llevar las consecuencias, y contribuir con alguna parte proporcional al abono?

11. Esto último es lo admitido, lo usual, lo legal, lo que se practica y debe practicarse. Si la accion era contra el difunto, su ejercicio no ha de ser sino contra los que representan la personalidad del difunto. No basta haber participado de sus bienes; es menester haberle sucedido en el *summum* de sus derechos. De cargo de estos táles es la responsabilidad primaria; ellos son los obligados á satisfacer la deuda: aunque ellos á su vez, pagada que la deuda sea, tengan accion contra todos los que percibieron álgo que deba disminuirse, para conseguir que los indemnicen y los reintegren, cada uno en su parte proporcional. Ni respecto á los unos ni respecto á los otros puede haber cuestion: de los primeros, el deber, la pasibilidad, directos y primordiales; de los segundos, de los que no llevan la personalidad del causante, el deber y la pasibilidad indirectos y secundarios (1).

12. No eran, no son, pues, caprichosas é infundadas las dos expresiones que indicamos arriba,—cuota de herencia y cuota de bienes: no significan naturalmente lo mismo: no es en rigor uno propio el derecho que les corresponde. Si las responsabilidades á que su respectiva índole da lugar se confunden en último resultado, bien median entre ellas notables diferencias, res-

---

(1) Hay algun caso en que los poseedores de cuota de bienes y aun de simples mandas pueden ser directamente perseguidos por los acreedores del difunto. Cuando no hay heredero, cuando el testador repartió todos sus bienes sin instituir en esa clase á ninguno, forzoso es que aquéllo suceda, necesario que se finja una especie de herencia en todos, en la reunion de todos los que se hallan en tal hipótesis. Respecto á los mandatarios, véase la ley 7.ª, *tít.* 6.º de la P. VI. Pero estas son excepciones: la regla general, el verdadero derecho, aun en el dia de hoy, es lo que hemos dicho arriba, y debía serlo mucho más severamente al dictarse las leyes de Toro.

pectivamente á los pasos que á tal resultado conducen. Fijándonos en la hipótesis del periodo que examinamos de esta ley, puédese decir que si el que hubo cuota de herencia y el que hubo cuota de bienes han de responder, los dos, de la deuda ántes ignorada y descubierta ahora de su causante, aquel responderá directamente al acreedor, y el acreedor podrá demandarlo por ella, miéntras que éste sólo responderá al heredero, cuando los bienes que percibió no quepan ya en la parte alicuota que quedare subsistente y válida, y cuando el propio heredero haya satisfecho íntegra la suma que le hubiese sido pedida.

13. Ahora bien: entre esas dos situaciones, de esos dos caracteres, ¿cuál es el carácter que corresponde al mejorado, cuál la situacion en que el mejorado se halla, por razon de su beneficio? ¿Debemos considerarlo como poseedor de cuota de bienes, ó como poseedor de cuota de herencia? (No hablamos aquí del mejorado en cosa específica; sino del mejorado en porcion, en suma, en cantidad, aunque se hayan señalado por el testador ó mejorante bienes con que satisfacerle la mejora:—de aquel otro, en su lugar nos ocuparemos.) Y véase ya cómo y de qué modo, á consecuencia de nuestro análisis, hemos encontrado una duda que era posible, una dificultad que permitía, que convidaba á estatuir derecho, segun el propósito general de estas leyes que comentamos.

14. La segunda parte de la frase últimamente copiada en la presente, pone de manifiesto cuál ha sido su doctrina, cuál es su voluntad. Los mejorados «sean obligados á pagar (dice) *como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio é quinto.*» Esto es: que sean obligados á pagar inmediatamente; que de ellos, en union con los otros que reciben *herencia*, pueda reclamar el acreedor; que contra ellos cabe la accion directa, y sobre ellos pesa una primaria responsabilidad; que es en fin una cuota de tal herencia, y no una cuota de bienes lo que han percibido.—Esto, que hubiera sido siempre nuestra opinion, considerada la índole fundamental de las mejoras, nos parece mucho más claro, nos parece incuestionable, despues de las palabras de la presente ley. No concebimos cómo hay expositores que puedan aún decir y creer lo contrario: no concebimos cómo puede pretenderse que es cuota de bienes lo que, en la única condicion en que se distinguen ésta y la de herencia, no sigue el carácter de la primera, sino que tiene indudablemente el de la segunda.

15. Empero, de cualquier modo que se piense en el particular, no podrá ya estimarse, segun nos parecería al princi-

pio, que es excusada esta ley vigésima primera. En su lugar está todo lo que ha declarado y preceptuado; pues que ha venido, por consecuencia de ello, á definir y caracterizar más completamente á las mejoras, y á resolver un punto, que, siquiera fuese de tramitacion y práctica, podía bien estimarse como dudoso en su derecho.

II.

16. Algun Comentador de esta ley, haciéndose cargo de la frase «sean obligados» que usa, da por supuesto que los mejorados de quienes se trata han de prestar fianza para responder de las responsabilidades á que hemos aludido, de las deudas que puedan descubrirse. Lo afirma como cosa segura; y ni hace mencion de que pueda pensarse lo contrario.

17. Sentimos en verdad nosotros que esa respetable persona no haya dado sus razones, las cuales habríamos pesado imparcialmente, para ver si nos convencían. En ausencia de ellas, no teniendo otro fundamento que las palabras de la ley misma, no habiendo visto en la práctica nada que le pueda hacer relacion, y, lo que es más, no concibiendo que la tal fianza sea posible, debemos protestar contra una doctrina que nos parece tan insostenible como voluntaria. Si cada vez que una ley pronuncia «obligacion» hubiera de entenderse que llevaba tal consecuencia, no sería mal abismo de imposibilidades en el que nos veríamos atollados. «Obligacion» no quiere decir sino obligacion; y es contra toda regla de buen sentido el suponer, á cualquiera de éstas, agravaciones que en nada se fundan. Cuando la ley quiere hablar de fianzas, bien sabe cuál es su nombre.

18. Y por otra parte, las deudas de una herencia ó son conocidas, ó son desconocidas é ignoradas. Si lo primero, se tienen en cuenta para hacer la liquidacion y particion del caudal. Si lo segundo, ¿por dónde se sabe que han de venir? ¿Por dónde se sabría cuál hubiese de ser su importe? ¿Qué tipo podría tomarse para asegurarlas, por medio de fianza alguna? ¿Hasta cuándo debería esa fianza durar? ¿Cómo se aviene ésto con el dominio que corresponde á los mejorados? ¿Por qué habían de ser tales mejorados de peor condicion que los herederos, á quienes, por regla general, no se pide fianza alguna á fin de que perciban su herencia?

19. Parécenos, pues, que tal indicacion ha sido un descuido notorio; y no queremos detenernos más á examinarlo ni á combatirlo.

III.

20. Hemos escrito la última parte del texto de la ley del modo siguiente: «Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, *ó en cierta parte* de sus bienes.» Pero no hemos ocultado que hay una variante de gran autoridad á esta frase, pues que las ediciones de oficio de la Recopilacion y Novísima Recopilacion dicen de este otro modo: «Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, *ó incierta parte* de bienes.»—Lo primero, pues, que nos cumple, en el punto á que hemos llegado, es dar razon de nuestra preferencia, declarando los motivos para haber hecho tal eleccion: justificada ésta, expondremos lo que segun nuestro juicio ha querido preceptuarse en las palabras de la ley.

21. El texto empleado por nosotros es el que se halla en todos los Comentadores que conocemos de esta Coleccion de derecho. Las ediciones más antiguas, publicadas en el décimo sexto siglo, con su letra gótica, no usan de otras palabras. No nos parece racional, no nos parece probable el suponer que hubo errata, una propia errata, en todas ellas. Más bien creemos que al tomar la ley para la Recopilacion se varió, quizá por perfeccionarlo, el tenor de la misma. No sería la primera ocasion en que se hubiese hecho de este modo: sabido es que los textos de las Recopilaciones no se recomiendan siempre por su pureza ó su fidelidad.

22. Añádese á ésto que la frase, tal como en la expresada Recopilacion se lee, aparece evidentemente manca y defectuosa, segun las formas de nuestro lenguaje. No decimos en buen castellano: «ora sea en cosa cierta, ó incierta parte de sus bienes;» sino que sería necesario decir: «ora sea en cosa cierta, ó *en* incierta parte de sus bienes.» Falta por lo mismo una preposicion, un *en*; la cual no falta en el texto de los expositores. Éste es arreglado á nuestra buena y ordinaria manera de hablar; miéntras que aquel demuestra en sí mismo un vicio, una incorreccion, un defecto.

23. Por último,—y ésta es para nosotros la razon decisiva, la razon que nos parece más concluyente,—lo que dice la frase

recopilada es álgo imposible, álgo que no tiene sentido, álgo que es contradictorio con la naturaleza de las mejoras; cuando lo que dice la frase comun, la frase que adoptamos, es perfectamente conforme con esta naturaleza misma. Las mejoras no son nunca en *incierta parte* de bienes: las mejoras, puesto á un lado los casos en que lo son específicas, se han de hacer y han de consistir en álgo que sea referente á la herencia, en una *parte alicuota* de lo que la herencia importare. Esto no es *incierto*; esto es *cierto*, esto constituye no una *incierta* sino una *cierta parte* de los bienes hereditarios, aunque no estén designados, aunque no sean específicos los bienes de esa parte. El tercio, el quinto, son la *tercera*, son la *quinta parte* del caudal; y la tercera ó la quinta parte son *partes ciertas*, y no *partes inciertas* de los bienes dejados.

24. Creemos, pues, que el original de la ley debió decir lo que hemos dicho nosotros; y que si nuestros Códigos actuales dicen otra cosa, solo ha consistido en que equivocadamente se puso *in* por *en*, resultando *inciertos* en lugar de *en ciertos* en el todo de la expresion.

25. Como quiera que sea, y júzguese este punto de la manera que se juzgue, el sentido material del precepto no puede ser dudoso. Lo que ha querido hacerse con el periodo que examinamos es extender, es generalizar la doctrina que acababa de sentarse. Contraponiendo las mejoras específicas á las que no lo son, á las que meramente consisten en cuotas, hase consignado, primero, que en las unas como en las otras puede bien separarse su aceptacion de la aceptacion de la herencia; y segundo, que en las unas como en las otrás ha de tenerse en cuenta el importe de las deudas del testador ó mejorante, así el de aquellas que fuesen conocidas á su muerte, como el de las que se descubriesen, el de las que apareciesen despues. El derecho que se ha declarado es un hecho comun: no se aplica únicamente á un caso, sino que puede extenderse, sino que los puede abarcar á todos, á las mejoras de todo género.

26. Y sin embargo, ténganse siempre en cuenta los límites de lo posible, y calcúlense en razon todas las circunstancias que en el hecho concreto apareciesen, para que no vayamos á exajerar el precepto propio, ni á caer en verdaderas demasías.

27. Se ha dejado por el testador, á uno de sus hijos ó nietos, una mejora específica, determinada, la hacienda que poseía en tal parte y con tal nombre. No era lo que se dejaba el remanente del quinto, no era el tercio; era la hacienda concreta,

nada ménos y nada más. El mejorado repudió la herencia y aceptó la mejora. La finca cabía dentro del tercio y quinto de los bienes existentes, despues de pagadas las deudas. Aquel, pues, entró en posesion de lo que se le dejara, como va expresado. Si despues de esto, si al cabo de algun tiempo, se descubre una nueva deuda, aparece una responsabilidad más del difunto, ¿qué es lo que se deberá hacer? ¿Cuál será el derecho en ese caso? ¿Estará el mejorado sujeto á la tal responsabilidad, como los demás herederos? ¿Se menguará necesariamente su mejora, como queda dicho que se menguaría si hubiese consistido en una parte alicuota de la herencia, en su quinto ó en su tercio?

28. No tiene duda para nosotros que puede llegar á menguarse; pero tampoco la tiene que no es necesario que se mengüe, que muy bien puede ser que no se mengüe. Primero que tocarle á él, primero que deshacer lo hecho, débese sin duda calcular el efecto que produce en toda la herencia esa nueva deuda ántes ignorada, y que se acaba de descubrir. Si por resultas de ella la finca de la mejora en cuestion no cupiese ya en la parte de que el testador pudo disponer, si excediese del verdadero tercio y del verdadero remanente del quinto, el mejorado tendría sin duda que hacer el abono de lo que percibió de más, respectivamente á esas partes alicuotas. No hubiera podido recibirlo, á conocerse tal deuda; tiene, pues, que devolverlo cuando se conoce.—Si por el contrario, aun sabida, aun estimada, aun calculada la nueva responsabilidad de que hablamos, cabe siempre la mejora específica que se realizó en lo que es límite de toda mejora, si todavía no excede del tercio y del quinto reales, la mejora específica no recibirá ninguna disminucion, su poseedor no tendrá que responder á nada, que devolver nada. Hubiérala llevado íntegra aun siendo notoria la nueva deuda: no puede, pues, menoscabársela porque aparezca lo que no influye nada en su existencia y en su ser.—Por eso hemos dicho que en la hipótesis que examinamos las mejoras pueden disminuirse, y no hemos dicho que se disminuyan necesariamente. El precepto de la ley alcanza á todos los casos; mas ha de ser en los términos regulares y prudentes, conciliándole en la forma que es racional con los demás preceptos del derecho, con las demás disposiciones de estas leyes mismas. Tanto más en cuenta deben tenerse todos ellos, cuanto que no es un modelo de redaccion la que se emplea por lo comun en este Cuaderno de Toro.

LEY VIGÉSIMA SEGUNDA.

(L. 6.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contracto entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes, y pasó sobre ello escriptura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto. Y si la ficiere que no vala. É asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes en el dicho tercio é quinto por via de casamiento ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir é hacer; é si no lo fizieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría ó mejorías de tercio ó quinto sean habidas por fechas.

COMENTARIO.

I.

1. La ley décima séptima de esta Coleccion había ordenado el oportuno derecho sobre las mejoras realizadas en vida, y puestas en práctica por contrato. La presente, siguiendo aquel camino, ocupándose en análoga materia, habla de las promesas, de las ofertas, de los pactos de mejorar. Sólo que allí no era posible sino lo positivo, como que se trataba de un hecho; y

aquí lo positivo y lo negativo lo son igualmente, como que se trata de un convenio, que tánto puede referirse al hacer como al no hacer. En aquella ley se hablaba de mejoras no sólo concertadas, sino otorgadas, llevadas á cabo: en ésta, de los compromisos para dejar mejoras, y tambien de los compromisos para no efectuarlas, para no dejarlas.

2. Tiene, pues, dos partes, aunque con el enlace más íntimo entre sí, la presente disposicion. La primera, segun su órden, establece el derecho en las promesas de no mejorar: la segunda lo establece á su vez cuando se hubiese prometido el ejecutar las mejoras.—De lo uno y de lo otro debemos hablar seguidamente, haciéndolo, pues que no hay razon para lo contrario, en el propio órden empleado por el texto de la ley.

3. La promesa de no mejorar, consignada en escritura pública, produce perfecta obligacion: el que la ha verificado queda despues impedido de hacer toda mejora: si, quebrantando esa prohibicion, la hiciere, ese acto sea nulo, esa mejora no valga. Tal es la primera parte de la ley.—Precepto, al parecer, claro; pero sobre cuya inteligencia y cuyo alcance veremos despues surgir algunas dudas.

4. Segunda parte. La promesa de mejorar, realizada por razon de casamiento ó por otra causa onerosa, es un hecho legítimo, y que produce completa obligacion. El padre ó la madre que la pronunciaron son tenidos de cumplirla; y en el caso de que ellos no la lleven á efecto, se ha de entender realizada, y ha de llevarse completamente á cabo cuando ellos mueran.—Tambien parece clara esta disposicion; y tambien, sin embargo, ha dado motivo á algunas vacilaciones, á algunas cuestiones.

5. Tomadas en globo las dos, consideradas como es razon en su conjunto, resulta desde luego un principio general, que es lo primero en que debemos fijarnos. Ha autorizado, pues, la ley que los hombres tomen compromisos acerca de lo que hayan de disponer para despues de su muerte, sobre mejorar ó no mejorar á sus hijos ó nietos. En la décima séptima, como se dijo ántes, se habia permitido realizar en vida algunas mejoras: en ésta, segun notamos tambien, se permite ofrecerlas, anunciarlas, quedar obligados á su ejecucion, ó bien comprometerse á no hacerlas, y quedar privados de esa facultad. Es el complemento de un sistema, que puede parecer más ó ménos aceptable en principio, pero que sin duda es el sistema de nuestras leyes.

6. Mas al autorizar estos compromisos, ahora, como al dar

fuerza á aquellos actos, entónces, notorio era y notorio es que habían de exigirse reglas, condiciones, circunstancias; allí para que lo hecho fuese irrevocable; aquí para que lo comprometido produjese accion, y se debiese realizar. Si las voluntades humanas son, de suyo y como regla, variables hasta la muerte, álgo debía ser necesario á fin de que algunas de ellas se entendiesen fijas, y no quedaran sujetas á cambio ni á alteracion. El empeño de dejar una mejora es cosa demasiado grave; no lo es ménos el empeño de no poder dejarlas: mucho debía mirarse la ley en los fundamentos de lo uno y de lo otro, ántes de sancionarlo con su irresistible poder.

7. La promesa de no mejorar, genéricamente hecha, es la consignacion solemne del propósito de repartir los bienes con igualdad entre los naturales, necesarios herederos. Si es la consagracion absoluta, por voluntad propia, del órden de la legítima sucesion, es, á la par, la abdicacion del libre derecho dejado al padre para preferir á alguno entre el número total de sus descendientes. La ley, al instituir esas obligaciones y esas acciones forzosas, al privar al padre de familias, al señor, de disponer de la mayor parte de sus bienes, y de destinarlos al hijo que le pluguiera, le había reservado sin embargo, hasta cierto punto, una fraccion de esa potestad discrecional. Esto se había hecho, no por personales consideraciones, sino por motivos de utilidad pública, por razones de órden y de disciplina sociales. Si él renuncia por su oferta á emplear ese poder, si se despoja de la altísima magistratura que hasta el punto de su muerte le corresponde, claro es que abdica y se despoja de álgo que ni debe perderse fácilmente, en beneficio comun, ni puede estimarse autorizado el que lo posee para deponerlo por meros y simples caprichos.

8. Y sin embargo, tampoco se ha de decir que se caiga por ello en grandes desórdenes. Si el padre tiene facultad, no tiene obligacion de dejar mejoras. Discrecional, absolutamente discrecional, es su poder en ese punto. Nadie sino su conciencia ha de pedirle cuentas de lo que haga. Justo es que la ley le garantice un poco contra sus voluntades pasajeras; pero no olvidemos al cabo que alguna de sus voluntades ha de ser su definitiva voluntad. La obligacion de no mejorar á hijo alguno no es una cosa de suyo escandalosa ni mala. Esa obligacion no implica sino una igualdad completa entre todos ellos, sino la seguridad de que las legítimas particulares han de ser cada una una parte idéntica de la legítima comun. Es la disminucion po-

sible de algun haber, pero la conservacion sin desfalco, en el más alto punto, de los haberes todos. Consiste en una consagracion adquirida, sin que produzca ninguna esperanza injustamente engañada.

9. Consecuencia de las diversas consideraciones que anteceden, de todas ellas, es que la ley no haya dado fuerza y validacion á cualquier promesa de no mejorar, ya que ha admitido como norma la posibilidad de esas promesas. No obstante de que nuestro derecho castellano es un derecho de buena fé, la presente ley ha sido estricta y formularia en la materia que nos ocupa. Es insuficiente que resulte comprobado el hecho de la oferta paterna: es insuficiente que por testigos, que por papeles privados, que por un género cualquiera de certeza legal, aparezca que el padre ofreció y se comprometió á no dejar mejora á ninguno de sus hijos ó de sus nietos. La ley pide que se haya hecho así por una escritura pública; y no cabe duda en que, pidiéndolo, no ha sido una probanza vulgar lo que ha querido, sino una solemnidad necesaria lo que ha reclamado.

10. «Si el padre ó la madre—(dice)—prometió por contrato entre vivos de no mejorar á algunos de sus fijos ó descendientes, *y pasó* sobre ello escriptura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejora.» La expresion no puede ser más terminante. Es menester que haya habido contrato y que haya pasado la escritura: una y otra cosa, las dos, son necesarias; miéntras no existan las dos, no está cumplida, no está llena la condicion legal.

11. Y si bien se medita, semejante condicion no tiene nada de excusado ni de caprichoso. Háse creido, sin duda, que habría de ese modo completa reflexion sobre la palabra que se empeñaba. Háse considerado que una escritura no es lo propio que un mero dicho. Para resolverse á ella, para ordenarla, para prepararla, se necesita tiempo. El acto de firmar es un acto grave y que inspira meditaciones. En los contratos de palabra son más fáciles la irreflexion y las sorpresas : cuando un hombre se compromete por medio de escritura, ni puede suponerse, ni él puede decir que haya sido sorprendido.

12. Esto por lo que respecta á la primera parte de la ley, á las promesas de no mejorar. Síguese la segunda, de que tambien hemos hablado,—la promesa de hacer mejoras, á que da igualmente fuerza esta ley de Toro.

13. «É asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus

fijos ó descendientes en el dicho tercio é quinto por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna; que en tal caso sean obligados á lo cumplir é hacer, etc.» Tales son las palabras que ahora nos importan de esta segunda parte.

14. Por donde se ve que así como para comprometerse eficazmente un padre á no mejorar se necesitan condiciones, así tambien se necesitan para que su oferta de mejora le ligue y comprometa de un modo irrevocable. Si ésto como aquello amengua y disminuye su libertad; si ésto como aquello es un embarazo para que subsistan en toda plenitud los derechos que, por principio, le da la ley hasta la época de su muerte; en ésto como en aquello es necesario que goce de algunas racionales garantías, y que no se le permita perderlo con una facilidad dañosa no sólo para él, sino para la causa pública.

15. Dijimos ántes que el compromiso de no mejorar consagra la execuacion de todos los herederos, y la imposibilidad de premiar en alguno tales hechos que mereciesen particular recompensa. El compromiso, por el contrario, de dejar una mejora determinada, destruye desde luego esa igualdad propia, y premia álgo, que no puede saberse si será más digno que todo cuanto despues haya de ocurrir. Es ya desigualdad por si mismo, y es un impedimento para otras que podrían ser justas desigualdades.

16. No extrañemos, pues, que la ley exija una causa onerosa para ello. Sin un motivo de entidad como éste, no puede estimarse legítimo lo que va á impedir la satisfaccion de álgo que tal vez fuese asimismo motivo de entidad. La mejora que en ello no se fundase, ni sería digna en si de respeto, ni debería hacer imposibles para siempre otras mejoras que tendiesen á satisfacer razones de esa importancia.

17. Pero en este punto se nos ofrece una duda. Evidentemente, esta ley que examinamos es análoga, y debe ser armónica con la décima séptima. Allí se trató de las mejoras que se hacen en vida, desde la vida: aquí, en esta segunda parte, se trata de las mejoras que en vida se prometen. Allí se dijo que las mejoras realizadas de aquel modo eran irrevocables cuando se hubiesen hecho por causa onerosa: aquí se dice que las prometidas por esa causa han de llevarse á efecto, lo cual es tambien constituir su irrevocabilidad. Mas allí se expresó que la tal causa onerosa había de decir relacion á un tercero, y no únicamente al hijo mejorado: aquí se dicen tan sólo las palabras que hemos copiado más arriba, esto es, no se habla en nin-

guna de terceras personas. ¿Qué se ha de suponer, qué se ha de entender? ¿Supondremos que lo que se exijía en el caso de la mejora hecha no tiene aplicacion al de la mejora prometida, pidiendo una cosa diversa en cada cual; ó entenderemos que la expresion de aquella ley alcanza á esta otra, y que es necesario que el *onus*, que la carga en cuestion, recaiga, al ménos en parte, sobre un individuo diferente del hijo, para que la promesa de mejorar á éste haya de ser obligatoria, forzosa, irrevocable por el padre?

18. Nuestra razon nos dice que esta última inteligencia es la inteligencia verdadera: que la ley actual, ampliacion consecuente de la que ántes examinamos, no puede prescindir de las condiciones que en aquella son tan explícitas y tan necesarias.

19. Si fuese de otro modo, si no se exijiese en la promesa de mejorar, para hacerla firme, tanto como se exije en el hecho de una mejora, resultaria el absurdo de que la promesa valía más, ligaba más que el hecho propio. El que prometia á un hijo, en razon de una causa onerosa sólo para el hijo, tendria que cumplir lo que le prometió; miéntras que el que le daba por igual causa, podría revocar su hecho, podría quitarle lo dado. Ofrecer sería más firme que dar. Y eso no puede ser, eso es inconcebible, eso no ha de haber nadie que lo diga, porque es contra la naturaleza de las cosas. La oferta es de suyo ménos que la realizacion: el que realizó ha hecho más que ofrecer; ofreció de seguro ántes de completar su obra, y llevó á cabo lo que ofreciera ó álgo de lo que ofreciera. Todo lo que puede hacerse en favor de cualquier promesa es igualarla con el acto: estimarla más poderosa que él, volvemos á repetir que es imposible, porque es absurdo.

20. Es necesario, pues, como hemos indicado, comprender esta ley en correlacion, en armonía, en perfecta consonancia con la décima séptima. Lo que en aquella se ordenó de un modo claro y explícito para que quedase seguro un hecho de mejora, no puede entenderse derogado, por falta de expresion, para una promesa de mejora, que no ha llégado todavía á ser un hecho. Las palabras que aquí se empléan es forzoso interpretarlas, completándolas, por y con las que allí se emplearon. No pudo ser otra la voluntad del legislador, ni otro el sentido de sus preceptos; porque no es lícito ni posible suponer lo que no es autorizado, consecuente ni racional. Si todo no se expresó, es porque estaba expresado ántes. El tercero, de quien se habla en la ley décima séptima, es menester tenerlo presente

en la ley vigésima segunda. No está en sus palabras, pero está en su espíritu, y es parte indispensable de su inteligencia.

II.

21. Acabamos de ver las condiciones textualmente escritas en esta ley, á fin de que surtan un efecto necesario las promesas de no mejorar y de mejorar. Para la primera se hán menester contrato y escritura pública donde se consigne: para la segunda, causa onerosa, que nosotros hemos interpretado causa onerosa de un tercero concurrente con el hijo. Nace ahora la duda de si esas condiciones son simples, exclusivas, cada una de ellas sola para cada cual de los casos; ó bien si la causa onerosa ha de concurrir tambien en la promesa escriturada de no mejorar, y si la escritura ha de ser igualmente necesaria cuando se ofrece por aquella, por la causa onerosa, el mejorar á algun hijo ó á algun nieto.—Dificultades y cuestiones, que á nadie se presentarían si estuviesen estas leyes bien redactadas; pero que tienen su excusa, más que su excusa, su razon, en lo imperfecta que fué bajo ese punto de vista la obra que examinamos, y en las contradicciones que resultan de su contexto literal. Saben nuestros lectores que, celebrando frecuentemente su doctrina y su espíritu, son muy raras las veces en que hemos podido aplaudir su expresion ó su forma.

22. En el caso presente, el último y quizá el más erudito de los Comentadores de este Cuaderno ha sustentado la opinion afirmativa; esto es, la idéa de que tánto la escritura como la causa onerosa eran necesarias, así en los compromisos para mejorar como en los compromisos para no mejorar. Si la palabra de la ley no reunía entrambas condiciones, era ésto—segun él—un descuido, y no más que un descuido, que debía enmendar y corregir una interpretacion inteligente. Tambien en varios casos había mencionado sólo las mejoras de tercio, y el sentido comun aplicaba su doctrina á las de quinto. La razon era aquí comun para todo, y la disposicion bien considerada debía entenderse universal.

23. Con el respeto que tenemos siempre á las opiniones agenas, y sobre todo á las de personas que saben y que meditan, nos permitimos sin embargo decir que ésta que acabamos de enunciar no nos convence. Creemos nosotros que la ley ha dicho aquí lo que ha querido decir; y que su distincion, entre las

circunstancias de los dos casos que encierra, es una distincion justificada y que no puede reformarse.

24. En el caso de promesa de mejora, la ley no exije más para que valga y obligue sino que haya el motivo oneroso, de que ántes hemos hablado. Si se dice que es natural que esa promesa y que el motivo que la legitima se consignen en una escritura, nada tendremos ciertamente que oponer á semejante observacion. Por escrituras se otorgan y se deben naturalmente otorgar tales contratos: muy raro, muy extraordinario debe ser que no se emplee ese medio, el cual es racional de suyo, y evita mil dificultades. Pero al cabo, puede ocurrir un caso en que la escritura no se otorgara: ó no se pensó desgraciadamente en ella, ó surgió algun embarazo que hizo imposible su otorgamiento. Aquí está la eventualidad de la cuestion; aquí la necesidad de que la decidamos. Esa escritura, de que no habla la ley para el caso presente, ¿se ha de estimar de forma, se ha de estimar de solemnidad necesaria, en el caso presente?

25. No olvidemos nunca que esta ley, y sobre todo esta parte de la ley, es el complemento de otra parte de la décima séptima. Allí se dijo que la mejora hecha por motivo oneroso era válida: aquí se añade que la mejora prometida por motivo oneroso lo sea tambien. ¿Se exijió allí que hubiese para ello escritura pública, como una condicion formal? No: no se pidió tal cosa; no se puso tal embarazo; no se pensó en semejante idéa. Ni se halla en la ley, ni la han pedido sus Comentadores. Pues ¿con qué derecho, preguntamos nosotros, ocurre y se pide ahora, supuesto que la presente ley vigésima segunda tampoco la menciona ni la indica?

26. La voluntad y el objeto de ésta han sido igualar la concesion de la mejora,—concesion no acompañada de entrega,—y la promesa de mejora, cuando se hacen por motivo oneroso. Y ciertamente que la ley ha tenido razon en igualarlas. ¿Qué es realmente y de hecho aquella concesion, toda vez que no se entregan cosas ni cantidades, sino un acto para lo futuro, una esperanza autorizada por las leyes? Pues ésto propio es, ésto tiene que ser, la promesa de que tratamos. Cuando se dice: «yo *te mejoro* en el tercio, en virtud del casamiento que con Fulana haces,» y cuando se dice «yo *ofrezco mejorarte* en el tercio, en virtud del casamiento que con Fulana haces,»—la verdad es que ni en los motivos de la resolucion, ni en la realidad de la resolucion, puede señalarse una efectiva y verdadera diferencia. En uno y en otro caso hay la voluntad de dejar el tercio, no desde

aquel instante propio, sino desde la muerte del que lo deja, al hijo ó nieto que ha contraido el enlace de que se trata. La razon de la voluntad es igual, y el efecto de la voluntad es tambien igual, siquiera no lo sean las palabras formularias de que el mejorante se ha valido.—Ahora bien: si en el uno de los casos evidentemente no se necesita escritura, ¿por qué hemos de admitir ó de pretender que se necesita en el otro? Si no fué olvido el no pedirla en la ley décima séptima, ¿por qué se ha de entender olvido y distraccion en la ley vigésima segunda?

27. Pasemos á la otra cuestion ó á la otra parte de la cuestion; é inquiramos si en los compromisos de no mejorar, en aquellos donde hemos visto que es de solemne forma la escritura pública, se necesita tambien un motivo oneroso, que sea la razon, la causa del contrato.

28. Tampoco tenemos dificultad en reconocer que ese motivo existirá muchas veces. La imaginacion puede señalar varias hipótesis en que se halle. Un padre, que no debe, que no está facultado para mejorar á tal de sus hijos, á una hija, por ejemplo, en un contrato de vida, quiere hacerles un bien por virtud de cierta causa onerosa, del casamiento que van á realizar. Y el bien se lo hace sin duda, comprometiéndose y tomando la obligacion de no mejorar á ningun otro. Si no es tánto como lo sería mejorándolos á él ó á ella, álgo importa ese compromiso, pues que á lo ménos le asegurará la más alta cuota de legítima posible. Ésto es notorio; ésto no ofrece dificultades.

29. Pero tales casos no son únicos. El entendimiento concibe tambien que estas promesas se hagan sin causas onerosas. Pueden ser actos de reconocimiento; pueden serlo de amor paternal. Un padre puede hallarse tan feliz en medio de sus hijos, puede estar de tal manera afectado de su noble y piadosa conducta, que tome la resolucion de consagrarles este solemne testimonio de un aprecio y de un amor iguales. Quiere festejarlos el dia de su santo, y convidándolos á todos á su mesa, les lee despues la escritura por la cual se compromete á no mejorar á ninguno. ¿Cabe, ó no cabe ésto dentro de la ley? ¿Es, ó no es posible semejante hipótesis? Y si cabe, y si lo es, y si no puede rechazarse como absurda, ¿cuál ha de ser, segun la ley, su derecho y su resultado?

30. Desde que la hipótesis puede concebirse, parécenos que no hay razon para pedir más que lo que la ley exige en sus textuales términos. En el otorgamiento de la escritura ha visto ella

la garantía de ser reflexiva, de ser seria, de ser digna de respeto, la resolucion. Con la escritura creemos nosotros que hay bastante para dar por firme el compromiso. Así como la entrega de la escritura donde se contiene hace irrevocable la mejora hecha (ley décima séptima), sin necesidad de que exista causa onerosa; así el otorgamiento de la escritura, aunque tampoco tengamos semejante causa, debe ser lo suficiente para dar fuerza definitiva al compromiso de no mejorar. La relacion, la consecuencia son notorias, cuanto deben serlo atendida la naturaleza de los casos.

31. Y decimos estas últimas palabras, porque, como ya se ha dicho ántes (8), el compromiso de no mejorar debe ser más fácil, más favorecido,—si caben tales distinciones,—que el de hacer, que el de dejar mejoras. Aquel sanciona la igualdad y la ausencia de privilegio, cuando es en desigualdades y en privilegios en lo que éstas consisten. Aquel ajusta la voluntad al órden puramente legítimo, cuando éstas le sustituyen álgo que tiene el carácter de voluntario. No que sea injusto, no que haya de ser inmerecido, eso que es privilegiado, voluntario, desigual, no: mil casos habrá en que consista en ello la plena justicia, y en todos es aceptable, pues que lo ha autorizado la ley; pero al cabo más de presumir es, más facilidades deben darse para la norma que para la excepcion, más para la doctrina comun que para los arreglos especiales, más para lo igual que para lo privilegiado y ventajoso. Esto lo siente la conciencia, y lo explica satisfactoriamente la razon.

32. Y véase justificado por qué ni exijiríamos como solemnidad necesaria la de la escritura,—aunque la deseásemos,—para que valiese un compromiso de mejorar tomado por causa onerosa de tercero; ni pediríamos esa causa onerosa cuando viésemos una promesa de no mejorar, bien y debidamente consignada en una escritura pública.

III.

33. Las cuestiones que acabamos de examinar, y, segun creemos, de resolver, no son las únicas á que ha dado lugar la presente ley. Otras han suscitado varios de sus Comentadores, acerca de las cuales no nos es lícito guardar silencio, por lo mismo que presentándolas, y reflexionando un poco sobre ellas,

tocaremos al término apetecido en la comprension é inteligencia de esta ley propia.

34. Primera. El compromiso de no mejorar de que en el texto se habla, ¿ha de ser universal, comprendiendo á todos los hijos y descendientes del que lo toma, ó puede ser parcial, de modo que únicamente se refiera á alguno ó á algunos de ellos? No sabemos si nos explicamos bien. Supóngase que un padre tiene cuatro hijos, y que al otorgar las capitulaciones para casar al mayor, A, hace en ellas la promesa de no dejar mejoras. De no dejarlas á ninguno de los cuatro, es claro que la puede hacer: eso nos parece lo ordinario, lo natural; eso es la consagracion del principio de la igualdad de los propios hijos en el reparto de la herencia. Pero ¿podrá tambien ofrecer al que se casa, y comprometerse con él, que no mejorará á ninguno de los otros, sin explicarse en nada por lo que á él le toca, sin tomar obligacion ninguna, y conservando por consecuencia su facultad de mejorarlo á él mismo? ¿Podrá ofrecerle que no mejorará á dos, señalándolos, y guardando silencio respecto al otro? ¿Podrá ofrecerle que no mejorará á uno, designándolo tambien, únicamente á uno?—Hé aquí lo que preguntamos, porque otros lo han preguntado ó lo han supuesto ántes que nosotros.

35. Las expresiones de que se vale la ley—no podemos ménos de confesarlo—son anfibológicas y dudosas. «Si el padre ó madre ó alguno de los ascendientes (dice) prometió por contrato entre vivos de no mejorar á *alguno* de sus fijos, ó descendientes, y pasó sobre ello escriptura pública.....» Ese término *alguno* se presta á entrambas significaciones: *alguno,* determinado, es uno solo; *alguno*, indeterminado, equivale á ninguno; es un modo comun de completa negacion. Ambas inteligencias, pues, caben en la letra de la ley; ambas pueden buscar en ella su razon y su fundamento.

36. En semejante situacion, elevándonos, segun nuestra costumbre, á más altas consideraciones, creemos lícito buscar en éstas la solucion natural á tal duda. Es el derecho y el deber de la interpretacion doctrinal. Mas para ello, concretemos los casos posibles, á fin de no divagar en generalidades, que ofrezcan el peligro de no comprenderse.

37. De los cuatro hijos de la hipótesis que hemos indicado, el padre trata con el primero, A, y toma con él un compromiso de no dejar mejoras. Declara que no lo hará en favor de nadie: se impide absoluta y rotundamente el hacerlo. Volvemos á de-

cir que ésto se explica y se comprende; que no puede haber ninguna dificultad en semejante caso. Ni el mismo A, contratante con el padre, ni ningun otro, podrán obtener tales beneficios: todos recibirán por partes iguales la herencia: todos sucederán en idéntica porcion. En este supuesto, si el referido A no gana en tomar más, gana en que no puede perder, en asegurar esa idéntica parte, en que no ha de tomar ménos. Todo es en cierto modo ganancia, ó garantía siquiera contra una pérdida posible.—Ya dijimos ántes que sobre este punto no cabía duda.

38. El convenio ha sido de otro modo; de otro modo fué el compromiso. El padre prometió á A que no mejoraría á ninguno otro de sus hijos, ni á B, ni á C, ni á D. Respecto á él nada pactó, nada ofreció, nada se impidió. ¿Se comprende y se explica ésto? ¿Qué resultados produce ésto? ¿Podrá, despues de ello, el padre mejorar á A?

39. Se comprende, se explica, son naturales los resultados de tal compromiso. El hijo contratante queda seguro de no perder, y al mismo tiempo conserva la posibilidad de ganar. No puede el padre mejorar á ninguno de los otros, pues se ha obligado á ello; y puede mejorar á éste, pues no ha renunciado al derecho de mejorarle. Y en ésto no hay dificultad alguna. Pues que por derecho general podía mejorarlo, más y con mayor razon ha de poder dispensarle un beneficio que no llega á la mejora. Llegará ó no llegará despues, segun sea la voluntad no impedida del padre: por ahora no existe sino una promesa que la ley ha autorizado. Es un beneficio para A, mayor sin duda que el del caso precedente; pero legítimo y posible, pues le falta mucho para ser la posible y legítima mejora. Por lo que á los otros hace, no es ésta una medida que particularmente daña á ninguno: general, comprensiva, alcanzando á todos, á nadie injuria, á nadie perjudica en su derecho. La cosa, pues, lo repetimos, es posible de hacerse, y tiene por resultados los que literalmente, naturalmente, se deducen de su tenor.

40. Hasta aquí, por lo mismo, no hay dificultades. Estas vienen en las suposiciones siguientes, que son á las que aludíamos poco há (36), anunciando que tendríamos que acudir para resolverlas á más altas consideraciones.—Los compromisos del padre, tratando con un hijo, A, no fueron los que hemos señalado. Concertó sólo con él no mejorar á B: ó bien concertó que no mejoraría á B ni á C. Pero en el primer caso, nada dijo de C ni de D: en el segundo, nada habló de este último. Ningun

compromiso tomó respecto á éstos: ningun impedimento se puso á sí propio para mejorarlos, si lo tenia por conveniente. Ahora bien: ¿qué hay que decir, qué se debe pensar de una oferta semejante? ¿Qué efectos produce? ¿Cuál debe ser, á la luz de buenos principios, su derecho?

41. Demos que el padre contrae de ese modo una verdadera obligacion. Pero ésta no puede ser sino la literalmente pactada; la de no mejorar á B en un caso, á B y á C en otro. ¿Le estará por eso prohibido mejorar á C y á D en el primero, á D siempre, de los cuales no habló? Eso es imposible, eso nadie puede decirlo: una obligacion tomada de esa suerte, y por la propia voluntad, no puede extenderse de una persona á otra persona no relacionada con ella. De modo que el padre no se habrá imposibilitado para hacer mejora: de modo que A no habrá ganado seguridad alguna con su contrato. Si la razon de éste, si el objeto de éste, no podía ser otro que garantizar para el que lo provocaba ó celebraba la más alta legítima posible, esa razon se encuentra sin éxito, ese objeto no se realiza. La mejora que puede perjudicarle queda tan factible como si nada se le hubiese concedido, como si ningun pacto se hubiera otorgado.

42. ¿Se quiere saber cuál habrá sido la única consecuencia real de aquella estipulacion? Pues es muy claro, y en ello no cabe duda. Perjudicar á B en una hipótesis; perjudicar á B y á C en otra. El padre puede, á pesar de ella, mejorar siempre: A puede ver siempre, á pesar de ella, hecha una mejora que mengüe sus esperanzas: lo que resulta de su empeño ó de su contrato es que alguno ó algunos de sus hermanos queden privados por ese medio indirecto de una eventualidad que permanece y subsiste en favor de otros.

43. Ahora, y siendo esto así, debemos confesar cuánto nos repugna la idéa de que el padre, de que la madre, de que el ascendiente, tomen la obligacion de que se trata, no en favor de nadie, sino en contra de uno ó de algunos de sus hijos. Parécenos un privilegio odioso, un hecho injurioso, álgo que no se debe suponer lo haya querido ni lo haya permitido la ley. No es un contrato para hacer bien: es un contrato para hacer mal; y en la duda que señalamos ántes, al examinar las palabras del texto, no podemos concebir que sea lo racional y lo justo el tenerlo por legítimo, por posible.

44. En principio, el padre tiene la facultad de mejorar, y es oportuno que la tenga; lo hemos dicho repetidas veces. No para que use necesariamente de ese poder; no para que lo

emplée siempre ni á ciegas: claro es que su ejercicio debe estar fundado en buenas y satisfactorias razones. Mas ni debe tampoco á ciegas desposeerse de semejante arma, ni parece bien que por convenios especiales con alguno la deponga sin utilidad de éste y con daño especial de tal otro. Convenimos en que el designio de dejar á todos los hijos iguales porciones de herencia, es una idéa plausible: convenimos tambien en que el compromiso de no mejorar á todos excepto uno, es una idéa racional, como que es un camino, ó deja abierto el camino para mejorar á éste. Pero el convenio de no mejorar á varios, dejando tambien á varios que puedan mejorarse, es álgo que nos repugna y nos ofende. No es éste un pacto ni para execuar ni para beneficiar; lo es para perjudicar, para damnificar. No es aquí una distincion de mérito la que se hace: es una distincion de demérito; y no sabemos en verdad si en el espíritu de nuestras leyes puede admitirse. Nuestra conciencia no la admitiría.

45. Respetamos la opinion de los demás jurisconsultos; pero no debemos ocultar la nuestra. Parécenos, aunque nos quedemos solos, que no puede ser, que no debe ser la inteligencia de la ley que examinamos el considerar como autorizadas y válidas ofertas de este género. Si ella quiso hacer álgo práctico, efectivo y racional, no ha de suponerse que permitió lo que nada produce en el hecho, y en principio es aversivo y repugnante. La oferta de no mejorar de que habló, ó ha de ser la universal, absoluta, extensiva á todos los descendientes, incluso al mismo que la contrata ó á quien se le hace,—porque entónces es la consagracion perfecta de la igualdad en el órden hereditario; ó ha de ser la general, la que alcanza á todos excepto al contratante, al que la recibe,—porque entónces es, por lo ménos, la garantía de que éste no ha de ser perjudicado, y puede convertirse aún en su particular beneficio. Lo uno y lo otro son cosas aceptables; para lo uno y lo otro da fundamento esta ley, concertada con las demás que rigen en la materia. Para lo que no creemos que lo dé es para que estos actos ó de igualacion ó de favorable privilegio se conviertan en daños especiales y en privilegios odiosos; para que el contrato concertado con un hijo se encamine exclusivamente á perjudicar á otro, sin ventaja para aquél, sin extenderse á la generalidad. Insistimos en que ese no ha podido ser el ánimo de la ley; y en que nada apoya, en que todo repugna á semejante inteligencia.

46. Segunda cuestion que puede presentarse. El compromiso de no mejorar tomado respecto de los hijos, ¿comprende ó

no comprende á los nietos? Por una parte, si se habló sólo de los primeros, ¿se estimará la propia oferta respecto á los segundos? Por otra, ¿podrá separarse explícitamente á los unos de los otros, de modo que al efectuarse la promesa de que hablamos, quepa constituirlos en situaciones distintas, y se les someta á diverso derecho y á contraria condicion?

47. Si hemos explicado bien nuestras idéas en la precedente dificultad, imposible es que se dude de cuáles han de ser en la que planteamos. No, no caben, añadiremos, esas diferencias. Cuando por un contrato se ofrece á álguien que no se harán mejoras, es inconcebible el admitir distinciones, cuyo resultado sería, en principio, privilegios odiosos, no favorecidos por las leyes; en la práctica, la inutilizacion de la propia oferta. Como cosas serias y formales han de tomarse estos compromisos; como teorías de buena fé han de considerarse las de estos preceptos. El hombre que quiera reservarse la facultad legal de otorgar mejoras, guárdela como puede hacerlo, y no celebre las obligaciones escrituradas de que estamos hablando: el que quiera obligarse á dejar su herencia con absoluta igualdad, el que se decida á no poder mejorar sino á un hijo solo, sepa que haciéndolo por medio de tales escrituras, queda perfectamente necesitado á ello. No son cosas de juego semejantes actos. El que tiene hijos debe saber que puede tener nietos, y prepararse, reservándose lo que le sea útil, en su consecuencia. No se ligue con facilidad á lo que sea difícil de romperse despues. Es mucho mejor permanecer siempre facultado para lo que las leyes autorizan, esto es, para mejorar; salvo el hacerlo ó no hacerlo, cuando llegue el caso, segun aconsejen la reflexion y la conciencia.

48. Tercera cuestion;—y esta no se refiere sólo á la primera, sino á entrambas partes de la ley. Fallece el hijo, al cual habia ofrecido el padre, ora que le mejoraría, ora que no mejoraría á sus hermanos. ¿Vuelve, ó no vuelve á adquirir ese padre la primitiva libertad, de que por aquella oferta se privó? ¿Está, ó no está autorizado de nuevo para no mejorar á ninguno, ó para mejorar á otro, segun los casos?

49. La hipótesis de esta dificultad es aquella en que se tomó el compromiso, y se otorgó la escritura, con un hijo tan sólo. Segun las reglas de derecho, nadie adquirió accion sino él, y con nadie se tomó obligacion sino con él mismo. ¿Permanecerá, repetimos, la expresada obligacion, caso de que él muera ántes que su padre?

50. Parécenos que es necesario distinguir. Ese hijo que recibió la promesa, y que ha muerto, puede haber dejado otros hijos, ó no haberlos dejado á su vez: el padre que prometió, puede encontrarse con descendencia ó sin descendencia del dicho hijo á quien prometiera. Si no hay tal descendencia, tenemos por seguro que á nada está obligado, porque á nadie está obligado. Aquella rama faltó: no hay para ella ni herencia ni mejora posible; no puede haber tampoco un compromiso, una obligacion, que impida los derechos que son naturales. La accion ó para recibir, ó para impedir que se diese á otro, cuando llegara el caso de haber herencia paterna, era una accion unida con esta herencia misma, fundada en su hipótesis, y que no puede existir ni haberse transmitido á nadie, toda vez que el derecho á esa herencia se desvaneció y se imposibilitó. Faltando el hijo, se suprimió uno de los divisores en la sucesion del padre: no cabe duda en ello; no es, porque no puede ser de otro modo.

51. Otra cosa será si ese hijo, á quien se hicieron las promesas, hubiese dejado otros hijos ó descendientes. Los expositores creen que en esta hipótesis la obligacion tomada con su causante subsistirá para ellos y en favor de ellos. Y esta doctrina, si no nos parece absolutamente necesaria, si concebimos que pudiera combatírsela con argumentos ingeniosos ó sutiles, la tenemos sin embargo por completamente racional. Es una interpretacion justa la que la ha admitido, y un sentimiento de rectitud el que debe sostenerla. Natural es que los hijos llenen completamente el puesto de sus padres, y que se crea hecho para ellos lo que se hace en consideracion á aquel. No se nos oculta que puede haber sido álgo completamente personal lo que hubiese dado causa á la oferta sobre que se discurre: no se nos oculta que lo es de suyo, y por consiguiente de estricto derecho, toda esta doctrina de las mejoras. Pero no habiendo habido reservas ni explicaciones que justifiquen una resolucion diferente, nosotros atenderemos en todo caso á la posicion que los nietos ocupan en la familia y en la herencia de su progenitor, y les concederemos en tódo el lugar de su padre y las acciones de su padre. Si el hijo no podía ser mejorado, cual se le prometiera, porque ya no existía al tiempo en que se pudo hacer la mejora; si él personalmente, por la misma razon, no podía reclamar contra la que se verificase en favor de otro; álguien había allí, álguien se encontraba presente, representándolo, y ese álguien era capaz de ser mejorado por sí mismo, ó de recibir la obligacion de que no habría mejora alguna.

52. Cuarta cuestion. Y esta es una cuestion que no nos habría ocurrido nunca á nosotros, y que sólo proponemos porque se han ocupado en ella algunos Comentadores. ¿Podrá el padre mejorar á un hijo,—á pesar de haber hecho á otro la promesa escriturada de que no mejoraría,—siempre que indemnice á éste del perjuicio que la tal mejora podría causarle; siempre que le dé su legítima completa, la que tendría derecho á llevar no habiendo mejora? Por ejemplo, y en la hipótesis ántes citada: si el padre que tenía 100, prometió á A, uno de sus cuatro hijos, que no mejoraría á ninguno de los otros, ¿podrá, sin embargo, mejorar á B, siempre que asegure para A 25, que es el cuarto íntegro de su herencia ó de sus bienes?

53. Á los que han propuesto semejante caso, y han discurrido acerca de él, lo primero que nos ocurre preguntarles es si han pensado en la posibilidad del caso propio. ¿Cómo cabe que se den á A los 25, que queden para C y D sus legítimas, aun las restringidas, y que pueda agraciarse con la mejora del tercio y del quinto, ó siquiera con aquella, á B? Si se principia sacando las legítimas y cumpliendo con A, ¿dónde queda para la mejora? Si se principia, como es lo ordinario, como es la regla legal, sacando la mejora, ¿dónde queda para cumplir con ese A, é indemnizarle? Así, y sin entrar en otras consideraciones de derecho, la hipótesis es imposible, y la resolucion que se indica es absurda.

54. Pero nosotros no nos detendríamos en esto. Lo contratado, en nuestro juicio, contratado estaba; y la prohibicion impuesta de ese modo, prohibicion era, que siempre debería cumplirse, y que no debería ser nunca vana ni ilusoria. Lo que un hombre válidamente ofrece, obligado está á llenarlo, como aquel á quien lo ofreció no le dispense de ello. No basta decir «te indemnizaré,» si la persona que recibió una obligacion no quiere ser indemnizada. Quizá mediaron para ella razones en las que no es posible hallar equivalencias. Puede haber habido motivos morales: puede no ser fácil designar los que sirvieron al acto de fundamento. Lo cierto, lo incuestionable es lo pactado: en lo pactado consiste la obligacion: el deber de quien la contrajo es cumplirla. Nada tenemos que decir si el que la ganó renuncia por cualquiera causa á ella; pero en tanto que la conserve, y que pida su cumplimiento, no puede haber dos derechos ó dos opiniones sobre la fuerza legal de lo pactado. *Y si la ficiere que no vala,* ha dicho terminantemente la ley.

IV.

55. Aún nos ocurre álgo que preguntar, álgo que inquirir, con motivo de esta ley: aún se presenta á nuestro ánimo una dificultad, una duda á que da ocasion su contexto.

56. Sabido es que los legados de cualquiera especie que deja un testador cuando tiene descendientes legítimos, se han de sacar por necesidad del quinto, que es la parte no comprendida en las legítimas: sabido es del propio modo que del quinto se han de sacar tambien los gastos del entierro, y todas las mandas piadosas que el referido testador señalare. Ahora bien: si la promesa de mejora del quinto, cuando existen las causas onerosas de que habla esta ley, es irrevocable; si llega al punto de estimarse hecha, caso de que con efecto no se realice, ¿deberemos entender que el que tomó tal compromiso, el que otorgó tal promesa, se impidió absolutamente el hacer en lo sucesivo semejantes mandas, ni el dejar á nadie aun los más insignificantes legados? Y si las dejare, y si los hiciere, ¿cuál será en este caso el verdadero derecho? ¿Qué es lo que valdrá y lo que no valdrá?

57. Por lo que hace á gastos de funeral y á las mandas piadosas que ha establecido entre nosotros una respetable costumbre, la dificultad no nos parece grave. En términos prudentes, proporcionados á la situacion de los testadores, esas son deudas que todos tenemos, y que no pueden dejar de satisfacerse. La ley trigésima de esta Coleccion, sancionando lo que ya indicaba el buen sentido, ordena que se saquen del quinto, y no de otra parte alguna, no de la totalidad de la herencia, cuando hubiere de existir aquel. De modo que el mejorado en dicho quinto lo pagará; ó de ese quinto habrá de sacarse, ántes de que á tal mejorado se le entregue. Ya hemos dicho, y quizá en más de una ocasion, que por eso se suele llamar con propiedad á semejante mejora *del remanente del quinto*, y no *del quinto* tan sólo. Y no importa que el testador no hubiese empleado aquella palabra, y por el contrario se hubiese valido de ésta. Tales cargas, volvemos á decir, son obligaciones naturales y obligaciones legales. Hemos de fallecer, pues que hemos nacido; y pudiendo, debemos abonar lo que trae consigo, en términos razonables y en el órden acostumbrado, nuestra muerte.

58. Pero ténganse en cuenta esas limitaciones de prudencia que hemos señalado una y otra vez. Si faltando á ellas, si atropellándolas, un testador que se habia comprometido con arreglo á esta ley á mejorar á algun descendiente en el quinto, hiciere despues tales disposiciones funerarias, tales mandas piadosas, que anulase de hecho aquel primitivo compromiso, no dejando nada ó dejando muy poco al mejorado; ninguna duda nos cabe en que éste podria impugnar las expresadas disposiciones, pidiendo su reduccion á lo justo, y en que los tribunales atenderían á su reclamacion, y reducirían esos gastos piadosos desproporcionados y excesivos. El uso de un derecho no ha de ir encaminado á burlar una obligacion tomada, á contrariar otro derecho concedido ántes. Estas cosas se deben armonizar y no destruir. Para eso están primero la razon, y despues y en su caso los tribunales de justicia. Cuando un testador no ha mejorado en el quinto, ó no lo ha hecho irrevocablemente, bien puede aplicar cuanto guste de aquél en lo que se llama beneficio del alma: cuando ha ofrecido válidamente tal mejora, esas otras facultades no se pueden admitir sino en lo racional, en lo acostumbrado, en lo justo.

59. Más dificultad debe presentarnos el otro extremo de la duda ó de la cuestion. ¿Podrá ó no podrá dejar algun legado, algun recuerdo, alguna memoria valiosa, en favor de extraños, el que ha ofrecido irrevocablemente la mejora del quinto ó del remanente del quinto? ¿Se ha impedido de todo punto toda liberalidad de esta clase? ¿Será el derecho adquirido tan rigoroso, lo será tánto la obligacion tomada, que un duque de Osuna, testador, no pudiese dejar mil reales á un criado, una tumbaga de brillantes á una persona á quien tuviese cariño?

60. Confesamos que el verdadero derecho nos parece difícil de señalar y de decidir. Por una y otra parte se puede caer en absurdos. Si reconocemos la libertad de legar, fundándonos en que la mejora es del *remanente del quinto*, nos exponemos á reducir esa mejora á la nada, burlando la oferta, destruyendo el compromiso que sobre ella se tomó. Si negamos absolutamente aquella libertad, el *remanente* lo elevamos al quinto completo, y podemos caer en las exageraciones que citábamos poco hace. Lo prudencial, lo razonable, lo equitativo, es aquí ménos seguro, ménos definible que en la dificultad anterior, en la que vimos nacía de las mandas piadosas.

61. Suponiendo, pues, que ésta en que ahora nos ocupamos se presente en la práctica, lo primero á que atenderíamos con

mucho esmero sería, por un lado, á las palabras con que la oferta se consignó, y á la causa de esa oferta, como que aun habiendo de ser siempre onerosa, pudiera, sin embargo, por sus motivos resultar más ó ménos grave, de mayor ó de menor importancia; y por otro, á la cuantía y á las razones determinantes de esos dudosos legados, con que se amenguaban los efectos de la propia oferta. Burlar este compromiso sería siempre para nosotros un hecho vedado, imposible: reducir en álgo el quinto, en especial si se había prometido sólo *su remanente*, y reducirlo por razones poderosas, no lo daríamos de todo punto por una cosa injusta. Nos inclinaríamos de seguro á sostener la primitiva obligacion, rechazando el legado; tal sería nuestra regla: —mas no diríamos que se hubiera de rechazar siempre, no pretenderíamos que semejante regla no pudiese tener excepciones. Ya lo hemos enunciado alguna vez ántes de ahora: sobre todas las palabras farisáicas de la letra muerta, están la necesidad del espíritu y las exijencias de la recta razon.

V.

62. Al comentar la ley décima séptima debimos hacer mencion de las pragmáticas de Madrid de 1534 y 1573,—ley 6.ª, título 3.°, lib. X de la Novísima Recopilacion,—donde se prohibió dar ni prometer mejora á las hijas, ni por razon de casamiento ó dote, ni aun por ninguna especie de contrato entre vivos. Estas pragmáticas reformaban ó modificaban la expresada ley décima séptima, en la cual se disponía el derecho acerca de las mejoras *dadas*; pero claro es tambien que reforman ó modifican esta vigésima segunda, en donde se dicta y establece acerca de las mejoras *prometidas*.

63. Así, de las dos partes de esta ley, la segunda no tiene hoy aplicacion sino á hijos varones. Respecto á ellos nada la ha alterado. Por lo que hace á las hembras, esas disposiciones posteriores no dejan lugar á que se dude un instante. No cabe promesa, no cabe compromiso de mejorarlas. Podrálo hacer el padre, como en otro lugar tenemos dicho, por última disposicion, en su testamento: si ántes, por acto entre vivos, de cualquier modo que sea, lo ofreciere, nada valdrá aquel acto, á nada quedará obligado por él.

64. ¿Qué diremos respecto á la primera parte de esta ley

propia? Esa oferta de no mejorar de que en ella se habla, ¿ha sido tambien impedida, respecto á las hijas, por las pragmáticas en cuestion? ¿Estimaremos que es ya imposible hacerla, que no vale nada si por ventura se hiciese; ó pensaremos más bien que en este punto nada se ha alterado, que las leyes de Madrid no tocaron á él, que la de Toro permanece siempre vigente y eficaz?

65. Esta última opinion es la nuestra: vemos con gusto que es recibida por autores muy respetables; y no nos cabe duda de que sería la aceptada en la práctica, si el caso se presentase de hecho en los debates forenses.

66. La justificacion de este parecer está en las mismas palabras de la ley de D. Cárlos, que ya citamos en el lugar antedicho, y que nos permitiremos copiar nuevamente. «Mandamos (dice) que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni de casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.» Este es el precepto, esta es la disposicion. Ahora bien, ¿en qué se opone ésto á que el padre prometa á su hija, por razon de matrimonio, en cualquier contrato entre vivos, con cualquier motivo ó causa, que no mejorará á ninguno de sus hermanos? El no mejorar á sus hermanos, ¿es por ventura mejorarla á ella?

67. Mejorar es beneficiar, mejorar es constituir desigualdades, mejorar es dar á uno aumento sobre lo que se da á los otros. Obligarse á no hacer mejoras es abdicar todo derecho á hacer beneficios, es consagrar la igualacion de los herederos, es impedir que ninguno de éstos reciba exceso alguno sobre lo que los demás reciben. El pacto de no mejorar, léjos de poder ser estimado mejora, es la antítesis, es la contradiccion, es el polo opuesto á la mejora misma. ¿Cómo, de que esté prohibido lo último, se ha de inferir que se entienda prohibido lo primero?

68. Pero ha dicho alguno: «Si autorizais ese compromiso de no mejorar en favor de una hija, privais al padre de que pueda beneficiar á sus hermanos. Resultará pues ella realmente beneficiada, toda vez que el acervo partible ha de ser mayor, y mayores han de ser por consecuencia las legítimas todas.»

69. Permítasenos observar que «beneficiada» no es la expresion legítima. Resultará «no perjudicada,» lo cual es algo diferente. Resultará lo que resultaría para un hijo varon, á quien se hubiese hecho una promesa idéntica. ¿Á quién ha ocurrido nunca decir que semejante hijo quedaría por ella mejorado?

70. Necesario es reconocer que las leyes de Madrid se hicie-

ron contra las hijas; pero necesario es tambien no exagerar su alcance, y no suponerlas unos resultados á que no tendieron sus autores. Debióse ver que la libertad de prometer las mejoras por vía de dote, empeñaba en ese camino, produciendo compromisos ligeros, aventurados, deplorables. Quísose poner un límite á ese desbarro; y pareció justa y natural la medida que se tomaba. Pero si era justo el levantar obstáculos al peligro, evitando las preferencias consentidas por la ley de Toro, no lo hubiera sido el ir más allá, y el convertir en daño de las mujeres lo que era sólo defensa contra las mujeres. Ni la pragmática prohibió que por testamento se les dejasen mejoras, ni tampoco hay en ella nada que indique el ánimo de que no puedan hacérseles esas promesas de igualdad. ¿Cabe creer que si tal hubiera sido la intencion, no se hubiera empleado una frase que lo hiciera presumible?

71. Repetimos que no nos queda en esto ninguna duda. Ni concretamente da lugar para ello el texto de la referida pragmática, ni lo consienten los principios del derecho, cuya oposicion á ampliar lo que es odioso, lo que es prohibitivo, lo que reforma la ley comun, es harto conocida de todos nuestros lectores.

LEY VIGÉSIMA TERCERA.

(L. 7.ª, TÍT. 6.º, LIB. X, NOV. REC.)

Cuando el padre ó la madre por contracto entre vivos, ó en otra postrimera voluntad, ficiere á alguno de sus fijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se fizo la dicha mejoría.

COMENTARIO.

1. La presente ley es de todo punto concordante con la décima nona: podría decirse que es la mera repeticion de una parte de ésta. Leimos allí que el padre, la madre, los abuelos podían señalar los bienes en que hubiese de consistir la mejora que ordenaban, «con tanto que no exceda el dicho tercio—(son palabras textuales)—de lo que montare ó valiere la tercia parte de todos los bienes al tiempo de su muerte.» Y aquí encontramos, repitiendo la idéa, que «cuando el padre ó la madre por contracto entre vivos, ó en otra postrimera voluntad, ficiere á alguno de sus fijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se fizo la dicha mejoría.»—Basta, como se ve, con poner al lado una de otra entrambas disposiciones, para advertir que son en realidad la misma.

2. No hay más diferencia sino que la ley décima nona hablaba de un caso particular, de aquel en que se hacía la mejora señalando los bienes con que debiera pagarse; y esta vigésima tercera comprende los casos todos, de cualquier manera que las mejoras se hayan hecho. Aun podría añadirse que la resolucion era allí incidente, dirigiéndose en primer lugar la ley á otros particulares; y que aquí es más esencial, más fundamental, es la única que encierra su texto.

3. Sobre la inteligencia y la razon de éste, no debemos hacer otra cosa que referirnos á lo que dijimos en aquel otro Comentario. Léase lo que comprende desde el número 6 al 11 inclusive, y se habrá visto de qué manera entendemos y fundamos el precepto legal. Es excusado que repitamos nuestros pensamientos, cuando no podríamos variar su sustancia, ni sabríamos darles más claridad que la que creemos haberles dado.

4. Solamente añadiremos aquí que algunos expositores han discurrido sobre si la disposicion de esta ley podría alterarse por pactos ó renuncias; si la voluntad del mejorante, la del mejorado, ó una y otra de acuerdo, podrían hacer que las mejoras no se calculasen por el valor de los bienes al tiempo de la muerte, sino por el que hubiesen tenido al tiempo de contratarse ú ordenarse las mismas mejoras. Y declararemos que esa dificultad no es para nosotros tal dificultad. Ni el mejorante solo, ni el mejorado solo, ni los dos juntos, están autorizados para causar perjuicio á los herederos, en aquella parte que la ley les ha reservado incólume, esto es, en sus legítimas. Ahora bien; es evidente que esa alteracion de la época que debe servir de base para estimar las mejoras, no puede tener otro objeto que el de hacer á éstas más cuantiosas, reduciendo aquellas—las legítimas—á menor cantidad. Luego la tal alteracion es imposible por las meras voluntades del mejorante y del mejorado, concurran ó no concurran juntas.—No habría más que un arbitrio para que eso pudiese ser: el que convinieran en ello los herederos todos, teniendo la aptitud suficiente para hacer de sus bienes lo que quisieran, y regalarlos á quienes quisieran.

LEY VIGÉSIMA CUARTA.

(L. 8.ª, tít. 6.º, lib. X, Nov. Rec.)

Cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterición ó exheredacion, en el qual oviere mejoría de tercio ó quinto, no por eso se rompa ni ménos deje de valer el dicho tercio ó quinto, como si el dicho testamento no se rompiesse.

COMENTARIO.

I.

1. Nuestros lectores saben que una cosa se llama en derecho testamento nulo, y otra cosa testamento capaz de romperse. Cáusase nulidad, existe nulidad, cuando hay un defecto que impide completamente la validez del acto: cabe ruptura, se rompe y no más una última disposicion, cuando, aunque sea conforme á la ley en los puntos esenciales, hiere derechos que no podían herirse, y queda sin efecto por reclamacion de quien posée esos derechos propios.

2. No vamos á examinar ni aun clasificar ahora las causas que producen ó nulidad ó ruptura de los testamentos. Alguna ojeada echaremos sobre ello más adelante. Nos concretamos por el pronto á la materia de la presente ley, y nos dirigimos á las consecuencias de la preterición y de la exheredacion sin cau-

sa, ó por una causa incierta, de los descendientes que tienen derecho de heredar.

3. La legislacion de las Partidas había establecido sus reglas sobre esos testamentos donde se hallaban pretericiones ó exheredaciones injustas. Permítasenos recordarlas aquí, siquiera sea breve y sumariamente, como punto de partida en la cuestion de que tratamos.

4. Respecto á la pretericion, bástanos con citar la ley 10.ª, título 7.°, y la 1.ª, tít. 8.° de la sexta Partida. Aquella dice: «*Praeteritio* en latin tánto quiere decir en romance como pasamiento que es fecho calladamente, non faciendo el testador mencion en el testamento, de los que avían de heredar lo suyo por derecho. E esto sería como si el padre estableciesse algun extraño, ó otro su pariente por heredero, non faciendo enmiente de su fijo, heredándolo nin desheredándolo. Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera non valdría.....»—La segunda añade: «.....Pero si el testador sobredicho, quando estableciesse el heredero, non ficiesse enmiente en el testamento de aquel que avía derecho de heredar, heredándolo ni desheredándolo, tal testamento como éste non se quebrantaría, pero non vale nin es nada. E por ende, pues que non deve valer, non se puede quebrantar.»

5. Por lo que hace á la exheredacion inmotivada ó injusta, prescindiendo de otros muchos textos que pudieran aducirse, vamos á limitarnos á dos tan sólo. Es el primero el proemio del título 8.° de la expresada Partida, en el que leemos las palabras siguientes: «Desheredan á tuerto á las vegadas los que suben por la liña derecha á los que descienden dellos..... E por ende, despues que en el título ante deste mostramos las razones porque home puede desheredar á aquellos que avían derecho de heredar sus bienes, si le oviessen errado, queremos mostrar en éste las razones por que el heredero puede quebrantar el testamento en que fuere desheredado á tuerto.....» Y es el segundo, otra parte de la ley 1.ª de ese mismo título, ley ya ántes citada, donde se encuentran estas expresiones: «El fijo ó el nieto del testador, ó alguno de los otros que descienden dél por la liña derecha, que oviessen derecho de heredarle si muriesse sin testamento; si lo oviessen desheredado á tuerto é sin razon, puede facer querella delante el juez para quebrantar el testamento en que le oviesse desheredado: é el juez deve oir su querella..... é si fallare que fué desheredado á tuerto..... deve él judgar que el tal testamento no vale, é mandar entregar la he-

rencia al fijo ó al nieto que se querelló. E tal demanda como ésta es llamada en latin *quœrela inofficiosi testamenti.*»

6. Como nuestros lectores habrán comprendido, aun sin necesidad de esta cita última, el derecho que acabamos de indicar está tomado de la ley romana. De sus principios sacó y debió sacar D. Alfonso esa diferencia entre lo que era nulo por sí, sin que pudiera convalecer ni sostenerse, y lo que se debía romper ó quebrantar, cuando lo pretendiera con justa razon alguna persona cuyos derechos se hubiesen herido. Nuestra primitiva é indígena legislacion castellana no podía haber entrado en esos teóricos detalles, tan superiores á su sencillez. Pero consignados en la obra de las Partidas, á la par que venían con la ciencia de los doctores de Bolonia, claro es que el derecho y la práctica habían de aceptarlos, y que su doctrina se recibiría como tal en nuestras escuelas y en nuestros tribunales.

7. Así, pues, la pretericion de un hijo ó descendiente que tuviese el derecho de heredar, producía la nulidad del testamento, el cual, como dice la citada ley, no era nada: la exheredacion sin causa justa, ó por un motivo incierto, producía su rompimiento, á virtud de la demanda de inoficioso. En el primer caso, el testamento no valía: en el segundo, se le dejaba sin efecto.—Completa ó no completamente justificada esta disposicion, á los ojos de la razon pura, tal era la ley escrita en el Código de D. Alfonso, y tal es la doctrina de las escuelas, no sólo en los siglos XIII y XIV, sino aun en nuestro siglo actual, en el momento en que escribimos el presente Comentario.

8. Pero no basta que citemos y recordemos estos principios: menester es que veamos sus consecuencias en las leyes de Partida, y que examinemos tambien si álgo las había modificado ántes de dictarse las de Toro.

9. El testamento con pretericion, perfectamente nulo, *que no era nada*, como en su lenguaje enérgico dice la ley, claro está que no podía tener, segun ella, ningun resultado, en ninguna de sus partes. No solo la institucion era inválida, con arreglo á aquellas doctrinas, sino que lo eran tambien los legados y cualesquiera otros puntos que en sus diversas cláusulas se comprendiesen. El derecho romano, lógico en ese particular, lo había establecido así, y sus imitadores de las Partidas no podían entenderlo y no lo entendieron de otro modo.

10. No sucedía lo mismo con el testamento que por inoficioso se rompía ó quebrantaba. Ya el expresado derecho romano había dispuesto que se conservasen y valiesen los legados

contenidos en él, no llevando la ruptura más allá de lo necesario á fin de resarcir los derechos heridos. Y la ley 7.ª, tit 7.º de la Partida VI, prosiguiendo en su imitacion, escribió las siguientes palabras textuales, donde se consagra la propia doctrina: «Otrosí decimos que como quier que el fijo ó el nieto que fuesse desheredado en el testamento lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, é las libertades que fuessen y mandadas é otorgadas á los siervos, non se embargan nin se desatan por esta razon.»

11. Con arreglo á tales principios, y consecuentemente á este sistema, podremos decir: Primero, que la mejora hecha en un testamento en que había habido preterición debería estimarse por entónces completamente baldía é inútil: nulo todo el acto, nulas habian de ser, nulas corresponderia que fuesen todas sus partes y cualesquiera de ellas. Segundo, que la mejora hecha en un testamento que se quebrantase, podría dar ocasion á dudas difíciles de resolver, podría ser justamente materia de contradiccion y de litigios. Verdad es que los legados ó mandas de tal testamento valdrían, con arreglo á la ley que acabamos de citar; pero ¿es legado, es verdadera manda la mejora, ó es una parte real y efectiva del todo de las legítimas y de la herencia? ¿Debe considerarse al mejorado como legatario, ó como heredero? Esto, que aun el dia de hoy, con razon ó sin razon, se entiende de distintos modos, ¿cómo no habría de poderse dudar, con mucho más derecho, supuesto que no hubiese otras leyes que las de Partida, de las cuales vamos ahora hablando? Téngase presente que en ellas no se conocieron las mejoras; que ellas no pudieron dictar derecho alguno expreso para este asunto; y que por lo mismo nada es tan natural como el que quedase por resultas de ellas sujeto á incertidumbre, á duda, á discusion.

12. Despues de las leyes de Partida y ántes de las de Toro, corrigiendo en lo necesario á las primeras, excluyendo sus reminiscencias romanas, confirmando las tradicciones de Castilla, ó por lo ménos el antiguo espíritu de su propio derecho, se dictó algo muy importante sobre esta materia por el Ordenamiento de Alcalá. En su ley única del tit. 19.º (L. 1.ª, tit. 18.º, libro X, Nov. Rec.) se escribieron las siguientes palabras: «......E el testamento sea valedero en las demandas (mandas), é en las otras cosas que en él se contienen, aunque el testador non haya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel que segunt de-

recho é costumbre de la tierra avía de heredar si el testador non ficiera su testamento; é cúmplase el testamento. E si ficiere heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas é en las otras cosas que en él se contienen.....»

13. Esta ley fué una verdadera revolucion en la materia de que trataba. Por ella pudo ya suceder que una persona muriese en parte testada y en parte intestada: por ella no fué necesario, para que hubiese testamento, ni la institucion de heredero ni la adicion de la herencia: por ella las nulidades de cierto órden quedaron completamente desconocidas ó abolidas. Una seccion y muy capital del derecho erudito, formulario, resultó completamente abrogada, sustituyéndola un sistema de buena fé: desde entónces pudo decirse que lo inválido en las últimas disposiciones había de limitarse á lo que por sí mismo lo era, y que no habría de manchar por extension, ni tener influencia alguna sobre lo que pudiera ser perfecto y válido tambien por sí propio.

14. De suerte que las resoluciones ó las dudas que hemos indicado más arriba, al número 11, ó tenían que variar, ó podían y habían de resolverse en un sentido favorable. No debia ya decirse: «la pretericion anula todo el testamento, luego ha de anular las cláusulas de mejora.» No debería ya suscitarse, con la posibilidad que ántes hemos reconocido, la cuestion de si, por causa de un exheredamiento injusto, habría de quebrantarse y romperse la mejora que estaba al lado. Esta ley del Ordenamiento borraba una gran parte del derecho de las Partidas, y asentaba en distintas condiciones el que había de regir respecto á las últimas voluntades defectuosas ó incompletas.

15. Y sin embargo, nuestros lectores no extrañarán que aun despues de esa ley hubiera dudas, y se levantaran dificultades. Lo hemos dicho cien veces en este Comentario. Las circunstancias científicas del derecho romano, la necesidad de que fuese base de nuestros estudios, su extension, su comprension, su perfeccion, todo hacía que continuase influyendo más de lo que era legal, y que sus doctrinas balanceasen y aun eclipsasen á las doctrinas genuinamente castellanas. Este es el orígen verdadero de las dudas que martirizaban á nuestra jurisprudencia á fines del décimo quinto siglo. Este es el orígen de la legislacion de Toro. Su objeto, como hemos repetido hasta la saciedad, fué el resolver esas dudas por medio de sensatas y prudentes elecciones. Aclarando cuando era necesario el espíritu español, sacando y señalando sus legítimas consecuencias, tomando

tambien á veces del romano ó bizantino lo que era justo y recomendable, esta Coleccion prestó insignes servicios á la teoría y á la práctica de nuestro propio, definitivo derecho. Nadie extrañará, pues, ni que se debiese dictar, ni que se dictase la ley en que nos ocupamos. Era menester aplicar directamente á esta materia de las mejoras el pensamiento indicado, pero no completamente dicho, en la ley del Ordenamiento de Alcalá, á fin de que ni el espíritu de escuela ni el de rutina siguiesen deduciendo de las leyes de Partida las consecuencias que hemos designado como justas ó posibles. Cuando se daba á la materia en cuestion toda la amplitud que encontramos en las presentes leyes, no podía ser otra la conducta de aquellos legisladores, ni debía esperarse ménos de su celo y de su ilustracion.

II.

16. Explicados el motivo y la razon de esta ley, fijémonos un instante en su precepto propio. Es perfectamente claro, y no ofrece dificultad alguna.

17. «Cuando el testamento se rompiere ó anulare (dice) por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual oviere mejoría de tercio ó quinto.....» Así principia, y éste es su supuesto. El testamento es nulo (entiende) con arreglo á las leyes de Partida, cuando se ha preterido un hijo ó descendiente que debía ser heredero: el testamento es inoficioso y se puede quebrantar, con arreglo á las mismas, cuando se le ha exheredado sin expresion de causa, ó por una causa ya incierta, ya injusta. Ahora bien: en uno y otro caso han podido ordenarse y dejarse mejoras. Supongamos que un testador tenía tres hijos: que preterió al primero, y que instituyendo á los otros dos, mejoró entre ellos á uno cualquiera. Este caso no es el sólo posible; pero es posible como otros, y eso nos basta. A fué preterido: de B y C, herederos nombrados, á C se le dejó además una mejora. Hé aquí una eventualidad á que se aplica la ley, porque entra ó cabe en sus supuestos.—Supongamos asimismo que el propio testador, con iguales tres hijos, no preterió, sino que exheredó á A, ó sin decir por qué, ó enunciando álgo que no era legal ó que no era cierto; y que de los dos otros, instituidos, mejoró tambien á uno, al C, como proponíamos ántes. Tampoco es este caso el único posible; pero tambien es posible, y cabe como el anterior en los supuestos que nos ocupan.

18. Ahora, vista la cuestion que la ley presenta, vengamos á la segunda parte, á la resolucion que la misma da. «No por eso—(por el rompimiento ó la anulacion)—se rompa ni ménos deje de valer el dicho tercio ó quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.» Es decir: otras cosas no valdrán, otras cosas se enmendarán; pero la mejora no ha de enmendarse, la mejora subsiste. En la primer hipótesis, en la preterición de A, en la segunda, en la exheredacion de A, las instituciones quedarán anuladas ó no surtirán efecto: A será heredero, con B y con C; pero C, mejorado, lo quedará siempre y á pesar de todo. La anulacion ó el rompimiento no llegarán á más de lo forzoso; y ese beneficio de que hablamos subsistirá siempre, como lo quiso y lo dispuso el testador. Ya hemos dicho ántes que en Castilla puede morirse en parte testado y en parte intestado; y eso es lo que habrá sucedido en los casos que nos ocupan. Repetimos por última vez que no hay aquí dificultad alguna ni en la inteligencia ni en la práctica.

III.

19. Pero no todo testamento que padece de nulidad ó que debe quebrantarse, reconoce por causa de ello la pretericion ó la exheredacion de un hijo: lo uno y lo otro pueden provenir de motivos muy agenos á tales circunstancias. ¿Qué diremos, pues, cuando una última disposicion sea inválida ó quede sin efecto por otros motivos, respecto á las mejoras que en alguna de sus cláusulas se contuvieren? ¿Diremos que esas mejoras valdrán tambien, como en los casos aquí mencionados, extendiendo la doctrina que se enseña en la presente ley? ¿Diremos, por el contrario, que ella, semejante doctrina, era especial; y deduciremos de esa especialidad misma el derecho opuesto, para los casos que no se incluyeron en la disposicion que se tomaba?

20. Hé aquí una duda que puede ocurrir con motivo de las precedentes explicaciones y del precepto sobre que recaen: una duda á la que debemos, nos parece, consagrar algunos momentos.

21. Para resolverla, es necesario tener á la vista por qué género de causas pueden ser los testamentos nulos; por qué géneros tambien pueden dar ocasion á que se les rompa, y de hecho se les invalide.

22. Sabido es que la nulidad de estas disposiciones no procede de una razon sola. Sus motivos son varios; son, para hablar concretamente, de tres orígenes. Á veces viene dicha nulidad de la persona del testador: á veces de la forma de los actos, de las solemnidades del testamento mismo: á veces, por fin, de la persona instituida ó no instituida para suceder al testador, de sus hechos, de sus circunstancias. El buen sentido comprende perfectamente ese triple orígen, y no concibe, y no alcanza á la par ningun otro.

23. Supongamos, por ejemplo, un hombre falto de edad, falto de juicio, falto de cualquiera de las condiciones indispensables para disponer *mortis causa* de sus bienes. Nulo es, y ¿cómo no habiá de ser nulo lo que semejante hombre hubiese hecho, cuando ó la naturaleza ó las leyes, ó la una y las otras de consuno, le impedian hacer aquello que hizo? ¿Cómo ha de valer álgo lo que ante el derecho y ante la razon no puede recibir sino un nombre que ya vimos usado por cierto código nuestro, el expresivo nombre de *nada*?

24. Ocurre, en segundo lugar, la nulidad por la ausencia ó por el quebrantamiento de las solemnidades que el derecho ha reconocido ó señalado como forzosas.—En la gravedad é importancia de estos actos, en la esfera del interés público donde se realizan, toda legislacion les ha impuesto y ha debido imponerles determinadas formas, sin cuya concurrencia no los reconoce. Si pues el testador desprecia esas formas, las que sean necesarias, si no las llena, si no las cumple, claro es que su obra no puede estimarse legal, ni válida, ni recta. De nada sirve que tenga capacidad para testar, si, por ejemplo, no lo hizo ante el número de personas indispensable á fin de que hubiese testamento. La verdad es que su obra no recibirá tal nombre, ni valdrá como éste valdría. Pudo testar, pero de hecho no testó.

25. Por orígen del heredero nombrado ó no nombrado, por su capacidad, por sus obras, por sus circunstancias, puede establecer igualmente la ley motivos ó causas de nulidad. Más ó ménos rigorosa, más ó ménos formularia, partiendo de unas ó de otras inspiraciones en este punto, segun las épocas, lo cierto es que sobre el principio no cabe disputarse, y que el hecho ha sido y es todavía una verdad entre nosotros.

26. Pero no vamos á examinar aquí toda esta materia. No vamos á recordar minuciosamente lo que fueron las ideas antiguas acerca de la *adicion*. No vamos á formar la lista de las incapacidades para ser heredero. Nada de ello es necesario, y el

hacerlo dilataria inútilmente nuestra obra. Bástenos repetir que ha habido, que hay, que puede haber testamentos nulos, por razon de la persona, ó de los actos de la persona, á quien se instituye ó no se instituye.

27. Hasta aquí lo tocante á la nulidad. En cuanto á la ruptura, á la inoficiosidad de los mismos testamentos, ésta nace siempre de no haberse nombrado á persona que tuviese derecho para ser nombrada. No hay, no puede haber otro motivo. La incapacidad del testador no produce tal efecto, pues que produce el ya visto de nulidad; y la falta ó atropello de formas tampoco lo produce, pues que tambien engendra este otro.

28. Ahora, expuestas esas idéas que juzgábamos necesarias y preliminares, fácil entendemos el resolver la dificultad que dejamos apuntada más arriba. ¿Valdrán tambien, ó no valdrán, las mejoras que se consignen en cualesquiera otros testamentos nulos ó rotos, como dispone la presente ley que valgan las de aquellos en que ha habido pretericion ó injusta exheredacion? Lo que allí se ordena, ¿tiene ó no tiene lugar en tales otros casos?

29. Hé aquí nuestra respuesta.—Cuando la nulidad trae su orígen de incapacidad del testador ó de falta de las solemnidades, todo el acto testamentario, institucion, mandas, mejoras, todo es nulo y completamente nulo. La naturaleza íntima del vicio alcanza á todo. Donde de hecho no hay testador, donde esencialmente no hay testamento, por motivos en que no cabe indulgencia, notorio es que no ha de poder señalarse nada que quede subsistente y válido. Un absurdo, una contradiccion, un no-sentido sería el imaginar ó pretender otra cosa. Las palabras de la presente ley no pueden aplicarse á semejantes actos, destituidos de todo fundamento, de toda razon.

30. Pero lo contrario decimos en los casos en que proceda la nulidad de la persona á quien se instituye ó no se instituye, ó en que se rompa el testamento, lo cual hemos visto que siempre sucede por alguna razon análoga. Si ese defecto es causado, no por el testador, no por la forma, sino por una persona que no es aquel y que nada tiene que ver con ésta, ya queda dicho repetidamente cuál es el principio, cuál es el sistema de nuestro derecho. No fué la ley actual la que los estableció: aplicólos únicamente á un caso; y de acuerdo con su espíritu, y fundándonos en su analogía, deberemos aplicarlos á todos los semejantes que ocurran. Esta es la doctrina de la legislacion castellana: que cuando la nulidad ó la invalidez tiene una causa parcial, y puede limitarse en sus aplicaciones á lo que ha dado motivo á ella,

no se ha de extender más allá de lo preciso, ni ha de inutilizar á aquella otra parte que puede existir sin inconveniente por sí sola.

31. Á la verdad, si sólo tuviéramos en este punto la ley que nos ocupa, quizá no nos atreveríamos á decir tánto. Pero repetiremos otra vez que esa ley no es sino la aplicacion de principios consignados ántes y en otras; que su precepto es una consecuencia de bases generales, comprensivas, fuera de discusion. Toda vez que el testador podía legalmente testar; toda vez que las solemnidades legales del testamento se cumplieron; cuanto por sí mismo no era en éste vicioso, parécenos que no puede estimarse viciado, por cualquiera otra causa que sea. Tal es,—por última vez lo repetimos,—la doctrina de nuestro derecho, eminentemente anti-formulario y de buena fé. Los antiguos solían poner las que llamaban cláusulas codicilares, á fin de que lo no perfecto, no válido como testamento, sirviese al ménos como codicilo. Nosotros no necesitamos de semejante precaucion. Aquello que puede valer, vale siempre; y ya hemos dicho en otro lugar que entre testamento y codicilo no hay ninguna esencial y necesaria diferencia. Valdrá pues, será llevada á cabo la mejora en los casos que suponemos, á no ser que la incapacidad hereditaria á que nos hemos referido estuviese en la propia persona mejorada. Pero no se trata aquí de si ese beneficio caducaría ó dejaría de tener efecto, por ser él propio imposible; sino de si le empecerán otros defectos nacidos ó venidos de distintas personas. Á eso es á lo que acabamos de responder que no, fundándonos en lo que constituye segun nuestro juicio, el verdadero espíritu de las leyes castellanas.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE.

Páginas.

ERRATAS Y CORRECCIONES.

Página.	Línea.	Dice.	Léase.
29	31	propio.	mismo
38	21	códigos..	códigos, recopilaciones
87	22	*admittis*.	*admittit*
92	24	*testameuto*. . . .	*testamento*
105	2	LEY SÉPTIMA.	LEY SÉPTIMA. (L. 2.ª, TÍT. 20.°, LIB. X, NOV. REC.)
Id.	5	LEY OCTAVA.	LEY OCTAVA. (L. 2.ª, TÍT. 20.°, LIB. X, NOV. REC.)